

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

---

**Le Principe de l'Immutabilité**  
DES  
**CONVENTIONS MATRIMONIALES**  
ET LES  
**Législations Étrangères**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

*Présentée et soutenue le Mercredi 28 Mai 1907, à 8 heures 1/2*

PAR

**Vasile C. BUSILA**

---

*Président : M. WEISS, professeur*

*Suffragants* { *MM. BARTIN, professeur*  
*CARPENTIER, chargé de cours*

---

**PARIS**

**IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE**

15, Rue Racine, 15

---

1907



THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

---

**Le Principe de l'Immutabilité**  
DES  
**CONVENTIONS MATRIMONIALES**  
ET LES  
**Législations Étrangères**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

*Présentée et soutenue le Mercredi 28 Mai 1907, à 8 heures 1/2*



PAR

**Vasile C. BUSILA**

~~~~~

*Président : M. WEISS, professeur*

*Suffragants* { *MM. BARTIN, professeur*  
*CARPENTIER, chargé de cours*

---

PARIS

**IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE**

*15, Rue Racine, 15*

---

1907



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

## INTRODUCTION

Le contrat de mariage a une importance sociale prépondérante parce qu'il se rattache à l'acte fondamental de toute société, à l'acte qui fonde la famille, au mariage.

Le mariage fait naître des charges communes aux deux conjoints : une famille nouvelle se fonde dont il faut régler à l'avance le budget qui pourvoira à l'entretien des époux et à l'éducation des enfants à naître. Il importe, d'autre part, de ménager aux époux ou à leurs héritiers les moyens de reprendre, à la dissolution du mariage ou en cas de séparation de biens, les biens qu'ils ont entendu se réserver ou réserver à leurs familles et de parer aux dangers de cette sorte de confusion de fait qui, surtout à l'égard des meubles, se produit aisément durant la vie commune des époux.

Les rédacteurs du Code civil étaient tellement pénétrés de l'importance de cette matière, que non seulement ils ont consacré au contrat du mariage près de 200 articles (1387 à 1581), mais encore ils

ont dispersé à travers tous les titres du Code l'ensemble des effets matrimoniaux, à ce point qu'il n'est guère de titre important, où ne soit à noter quelque conséquence de l'état d'époux.

Qu'est-ce donc que le contrat de mariage? Il est extrêmement difficile de fournir une définition qui ait la rigueur scientifique; mais pour donner une définition approximative de ce que l'on entend par « régime ou contrat matrimonial pécuniaire » il n'y a pas de difficulté.

Admettons donc que : *le contrat de mariage est l'ensemble des conventions que les futurs époux font en vue de régler leur association conjugale quant aux biens, ou si l'on veut, en vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires pendant le mariage et à sa dissolution* (1).

Le régime matrimonial économique n'englobe pas toutes les prescriptions de cette nature, puisque le droit héréditaire du conjoint survivant appartient manifestement à la législation sur les successions. De prime abord donc, l'on constate combien il est malaisé de définir exactement l'objet de notre étude.

Mais cela ne signifie pas que les époux qui n'ont pas rédigé un contrat matrimonial ne sont régis par aucune convention matrimoniale. A défaut d'*instrumentum*, les époux sont censés avoir adopté, par cela seul qu'ils n'en ont pas stipulé un autre, le régime de droit commun, c'est-à-dire la commu-

---

1. Baudry-Lacantinerie (6<sup>e</sup> édit.), III, 2.

nauté légale en France, et la loi a pris soin de faire elle-même, en réglant cette communauté légale, le contrat de mariage de tous ceux qui se marient sans indiquer le régime auquel ils entendent se soumettre.

Ainsi, comme M. Planiol le dit très justement, il faut avoir soin d'énoncer d'une manière complète l'intitulé du titre V du livre III du Code civil qui porte : Du contrat du mariage et des *droits respectifs des époux*. C'est la seule façon exacte de s'exprimer.

En ce qui concerne la comparaison du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales avec les systèmes allemand et suisse, nous tâcherons d'étudier en rapprochant les législations réglant le même ensemble de rapports sociaux, sans que l'on ait à se préoccuper outre mesure de l'exacte dénomination de ces relations.

La démarcation entre domaines juridiques rapprochés conserve sa valeur au point de vue d'une classification rationnelle, mais elle n'est plus ni indispensable, ni même d'une grande importance.

D'ailleurs, nous n'éviterons pas d'appliquer à cette matière les solutions admises par le droit international.

L'article 1387 permet aux époux de faire leurs conventions matrimoniales, comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public (1387 à 1390).

Bien que le principe qui domine toute cette

matière soit celui de la liberté absolue des époux, il y a des restrictions sévères d'une importance considérable.

Au premier rang il faut placer celle formulée par l'article 1394, al. 1, et 1395.

1394, al. 1. *Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage, par acte devant notaires.*

Et comme corollaire l'article 1395 ajoute : *Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.*

Donc, malgré la faveur avec laquelle le législateur regarde toutes les institutions destinées à favoriser le mariage, il apporte une règle singulièrement impérative.

Cette règle n'est pas nouvelle dans le droit français, elle nous a été léguée par une longue tradition. C'est une règle rigide, en contradiction absolue avec l'article 1134 du Code civil qui permet aux parties de modifier ou même de révoquer entièrement, de leur consentement mutuel, les conventions par elles formées.

Qu'elle a été donc la raison de la loi en modifiant le droit commun ? C'est justement ce que nous nous proposons de traiter.

Nous diviserons ce sujet en deux parties qui seront examinées dans l'ordre suivant :

## I. — PREMIÈRE PARTIE

Notions historiques du principe de l'immutabilité :

*a)* Quelles sont les sources et les raisons puissantes du principe de l'immutabilité ;

*b)* La portée d'application et la sanction du principe ;

*c)* Exceptions au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

## II. — SECONDE PARTIE

*a)* Le nouveau Code civil allemand ;

*b)* Le nouveau Code suisse et les autres législations principales ;

*c)* Comparaison entre le système français et les systèmes allemand et suisse ;

*d)* Le conflit des lois ;

*e)* Le maintien du principe français est-il désirable ou faut-il souhaiter son abrogation ?



# PREMIÈRE PARTIE

## CHAPITRE PREMIER

### Notions historiques du principe de l'immutabilité

#### Les sources et les motifs du principe

---

*Les sources.* — Il faut tout d'abord constater que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales a son origine dans le droit coutumier.

Le droit Romain permettait la constitution de dot avant comme après le mariage. Il permettait aussi l'augmentation de la dot pendant le mariage.

A cet égard nous trouvons dans les Institutes le passage suivant : *Dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt* (1).

Nous trouvons aussi dans les Sentences de Paul la même chose (Sent. de Paul, 2. 21, 1).

Cela est en parfaite concordance avec un autre

---

1. *Inst. Just.*, II, 7. *De don.*, § 3.

fait : la permission des donations entre époux, valable pendant longtemps en droit Romain.

Les époux donc pouvaient changer la composition de la dot par la *permutatio dotis*. Alors le caractère dotal s'imprimait sur les biens qui remplaçaient les biens dotaux.

Mais après la loi Cincia, rendue en 550 de Rome, vers la fin de la République les donations entre époux furent prohibées par la coutume. Et Ulpien nous dit : *Moribus apud nos receptum, ne inter virum et uxorem donationes valerent* (L. I. D. 24. 1).

Parce que les donations entre les époux sont dans un lien étroit avec les conventions matrimoniales, on peut s'étonner de cette disposition, permettant la modification des conventions, à côté de la prohibition des donations entre époux.

Cela pouvait donner lieu à un grand danger pour les époux et spécialement pour la femme. On peut toutefois s'expliquer par la différence qui existait en droit Romain entre la constitution de dot et la donation.

La première était un acte à titre onéreux tandis que la seconde était à titre gratuit ; donc la constitution de dot échappe aux règles prohibitives concernant les donations entre époux et par suite la femme peut constituer ou augmenter valablement la dot pendant le mariage (1) (2).

---

1. Girard, p. 411.

2. May. *Eléments de Dr. romain*, 5<sup>e</sup> édit., n° 172.

Mais on pourrait peut-être considérer comme une application partielle, à Rome, de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la défense de restituer la dot pendant le mariage.

Le motif de cette prohibition était que la dot étant constituée pour subvenir aux charges du mariage, le mari ne pouvait être contraint à restituer les biens dotaux tant que le mariage durait.

Cette mesure, prise dans l'intérêt de la femme, parce que la loi n'avait pas assez de confiance dans l'administration de leurs biens, date, suivant l'opinion généralement admise, du temps d'Auguste. Mais Justinien l'abolit pour les cas où il y avait une *donatio propter nuptias*, c'est-à-dire presque dans tous les cas.

Justinien alla plus loin et assimila complètement cette *donatio propter nuptias*, qui portait primitivement le nom de *donatio ante nuptias*, au point de vue de la restitution, avec la dot.

Donc, nous ne trouvons dans le droit Romain aucune trace ou disposition qui proclame ou qui rejette catégoriquement le principe d'immutabilité.

Quant au droit gaulois nous n'en savons que très peu de choses. Nous trouvons dans César : *De bello gallico*, VI, 19, un passage où il résulte que, lors du mariage, les futurs époux formaient un seul patrimoine de ce que la femme apportait comme dot et de l'apport du mari égal en valeur ; ce capital, qui ne changeait pas, était augmenté par les fruits et le tout passait au conjoint survivant.

On pourrait très bien tirer de ce texte la conclusion qu'il existait alors une certaine stabilité de conventions matrimoniales, mais il est plus prudent de n'aller pas si loin et de faire de ce passage l'origine de l'inaliénabilité dotale et du remploi.

Dans le droit germanique nous savons que le mari devait acheter le *mundium paternel* et la femme passait sous le *mundium* de son mari ; mais ce prix d'achat, d'abord réel, puis fictif, ne doit pas être confondu avec la dot que le mari constituait au profit de la femme (1).

En dehors de la dot, il y avait encore deux autres libéralités à l'occasion du mariage : la première était le *morgengabe* ou *pretium virginitatis*, après le mariage (2), et qui était considérée comme une donation pure et simple. La seconde était une donation analogue au *sponsalitium* du droit romain et qui s'appelait *tanado*, *tanodono* ou *tantodono*.

Donc chez les Germains, le mari constituait à sa future épouse une dot avant le mariage et un cadeau de fiançailles ; elle était constituée dans le *libellus dotis* et était fixée d'une façon irrévocable.

Ce caractère d'irrévocabilité de la *dos ex marito* semble être prouvé par le texte suivant de la loi Ripuaire :

*Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per*

---

1. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 194.

2. *Ibid.*, p. 202-203.

*tabularum seu cartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat* (1).

Du *morgengabe* et de la dot est né le douaire qui d'abord fut fixé par les familles intéressées ; et, sous Philippe-Auguste, à partir de 1294, il devint légal et son *quantum* a été fixé à la moitié des biens possédés par le mari le jour du mariage.

Sous l'influence de l'église le *morgengabe* perdit son caractère de libéralité faite après la célébration du mariage, et c'est le douaire seul qui était constitué avant la conclusion du mariage (2).

Ce douaire a conservé le caractère d'irrévocabilité de la *dos ex marito* d'où il est sorti. Au xvi<sup>e</sup> siècle, cette règle d'irrévocabilité s'étendit à toutes les conventions matrimoniales qui dérogeaient à la communauté coutumière.

Il s'agit maintenant de voir quelle a été l'influence de la prohibition des donations entre époux sur le principe d'immutabilité?

Cette prohibition de donation, introduite peu avant la faculté pour les époux de déroger à la communauté coutumière, a eu une très grande influence sur ce principe et la preuve en est que tous nos anciens auteurs justifient ce principe par la crainte des libéralités entre époux.

Dans l'ancien droit français il faut étudier la ques-

---

1. Lefebvre, *Leçons sur l'histoire du droit matrimonial français*, p. 447.

2. Glasson, *op. cit.* T. VII, p. 533.

tion séparément dans les pays de droit écrit et dans les pays de droit coutumier.

*Pays de droit écrit.* — Avant la Révolution française, la France était divisée en deux parties : le Nord, qui contenait les pays de droit coutumier et qui conservèrent les règles du droit germanique, et le Midi qui pratiquait principalement les règles du droit Romain.

Celles-ci, suivant le droit Romain, n'admirent pas le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et conservèrent la liberté de constituer et d'augmenter la dot pendant le mariage, mais seulement de la constituer et de l'augmenter et non de la diminuer (1). Même les deux premiers points ont été contestés quant à leur portée absolue et on ne leur reconnaissait cette liberté que pour les tiers.

Ainsi Denisart (2) met à la faculté de constituer et d'augmenter la dot pendant le mariage une restriction très grave.

« Il paraît certain, dit-il, que la femme, pendant son mariage, ne peut pas prendre sur ses biens paraphernaux pour se constituer des biens dotaux ou pour augmenter ceux qui ont été constitués pendant son mariage » (3).

De ce passage on voit que seuls les tiers ont la

---

1. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français. Droit privé*, 1886, p. 699.

2. Denisart. *Dot*, p. 3, n° 2.

3. *Idem*, *loc. cit.*

liberté de changer la dot pendant le mariage, mais cela est en contradiction directe avec la loi romaine.

Ainsi les auteurs ont repoussé cette opinion et ont accordé à la femme toute la liberté de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage (1).

Quant au troisième point, c'est-à-dire la liberté de diminuer la dot pendant le mariage, il semble être en contradiction avec le droit de Justinien qui a aboli la prohibition de restituer la dot. Comment expliquer cette contradiction ? On peut l'expliquer si nous suivons l'histoire des législations qui ont existé en Occident. Les pays de droit écrit ont suivi longtemps les règles du Code Théodosien et du Bréviaire d'Alaric ; plus tard, vers le milieu du XI<sup>e</sup> siècle, les Compilations de Justinien ont pénétré en Occident et furent admises comme droit égal au Bréviaire.

A cette époque la prohibition de diminuer la dot pendant le mariage avait déjà acquis une grande importance ; elle avait trop de vitalité et subsista comme une conséquence du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Donc seulement sous cet aspect et ainsi restreint, les pays de droit écrit connurent le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Cependant il y a des auteurs qui soutiennent que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales était connu, dans une certaine mesure, dans

---

1. Boutaric. *Institutes*, p. 216. Teissier, *De la dot*, n<sup>o</sup> 11, p. 44.

quelques pays de droit écrit ; de Serres, par exemple, dit dans un texte de ses *Institutes* : « Ces changements ou dérogations sont appelés des *contre-lettres*, parce qu'ils se font contre la lettre du *contrat* du mariage, et on les casse sur ce fondement que tout ce qui est porté par les contrats du mariage est immuable suivant la coutume générale de ce royaume ; on n'y peut déroger ni rien changer, pas même du consentement des parties, surtout dans les pays où les lois et les coutumes prohibent les avantages entre conjoints. Tout ce qui se ferait de contraire aux premières conventions serait nul et passerait pour un avantage indirect. » (1).

Voyons maintenant ce qui se passe dans les pays de droit coutumier. Dans ces pays, l'immutabilité des conventions matrimoniales a été conservée d'après les habitudes germaniques, comme nous avons dit plus haut.

Mais ce fut seulement au xvi<sup>e</sup> siècle qu'il a été permis de modifier par des règles conventionnelles le statut local, quand il était incommode. C'est alors que les praticiens modifiaient le régime traditionnel de la communauté par différentes clauses avantageuses et que l'usage de faire un contrat de mariage se répandit (2).

Dans ce temps-là presque toute la France coutumière était dominée par le régime de la commu-

---

1. Serres, *Inst.*, liv. II, titre XIV.

2. Planiol, *Droit civil.*, III, 777.

nauté des biens, exceptées la Normandie et l'Auvergne. Mais les époux pouvaient se marier aussi sous le régime de la séparation des biens ou stipuler des partages inégaux mais à une condition :

*Les conventions matrimoniales devaient être arrêtées avant le mariage et ne pouvaient recevoir de changement après la bénédiction religieuse (nuptiale).*

Et, comme à cette époque, c'était le prêtre qui présidait à la formation des conventions matrimoniales, qui les recevait avant la consécration sous le porche de l'église à l'huis du moustier, leur immutabilité fut reconnue par l'Eglise elle-même (1).

La plupart des coutumes fixèrent d'une façon définitive le régime des biens à la date de la célébration du mariage, et après celle-ci, il était impossible de faire ou de modifier un contrat de mariage.

La coutume d'Orléans, article 202, a établi la première dans des termes exprès le principe de l'immutabilité :

*En traité de mariage et avant la foi baillée et bénédiction nuptiale homme et femme peuvent faire et apposer telles conditions, douaires, donations et autres conventions que bon leur semble.*

De même pour la coutume du Hainaut, chapitre 29, article 8 : *Après le mariage consommé le traité et devise d'iceluy ne se peuvent changer, altérer ni augmenter.*

---

1. Dalloz, J. G. T. I. *Essai sur l'histoire générale du Dr. fr.*, p. 99 et 140.

Cette immutabilité peut être considérée comme une conséquence de l'influence chrétienne qui a fait bénéficier de l'immutabilité du sacrement toutes les conventions entre les futurs époux (Brodeau).

Presque tous les auteurs de tous les temps reconnaissent le principe de l'immutabilité ; ainsi Pierre de Fontaines (1) au XII<sup>e</sup> siècle. Au XVI<sup>e</sup> siècle, Dumoulin s'exprimait de la même manière. Au XVII<sup>e</sup> siècle Mormac : *nihil unquam reformari potest constante matrimonio de pactis dotalibus*. Au XVIII<sup>e</sup> siècle Lebrun et Pothier parlent plus nettement. Lebrun : *Le moment fatal du mariage, celui où il n'est plus permis de changer les conventions, c'est le moment de la célébration* (2).

Pothier affirme ce principe en plusieurs endroits. Ainsi, il dit : *Un second caractère qui est propre aux conventions matrimoniales, est qu'aussitôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel* (3).

Cependant toutes les coutumes n'admettent pas le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Il y avait par exemple les coutumes d'Alsace et de Bruxelles qui le rejetaient (4). Cette dérogation à ce

---

1. Pierre de Fontaines, *Conseils à un ami*, chap. XV, 9.

2. Lebrun, *Communauté*, l. I. chap. III, n° 24.

3. Pothier, *Communauté*, n° 18.

4. Viollet, p. 699.

principe existait dans une partie de la Flandre et dans le Brabant où l'on pouvait même renoncer aux gains de survie stipulés dans le contrat du mariage. Cette renonciation équivalait à une donation entre époux et était permise même dans les coutumes qui interdisaient les donations entre époux (1).

Voilà, par conséquent, les sources du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Passons maintenant plus loin et voyons quelles en sont les raisons.

*Les raisons puissantes du principe.* — Les motifs sur lesquels les auteurs s'appuient pour justifier le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales sont complexes et de valeur différente. Ainsi :

1) Un premier motif peut être tiré de l'harmonie qui doit exister entre le mariage et les conventions matrimoniales. Lepreste dit ainsi :

Le mariage étant indissoluble, et devant *individuam vitæ consuetudinem continere*, les conventions et pactations en doivent être immuables, *cum pacta debeant imitari naturam contractuum quibus appellantur* (2).

De même Brodeau conclut à l'immutabilité des conventions matrimoniales comme une conséquence de l'indissolubilité de mariage (3).

---

1. Stockmans, décision 59.

2. Lepreste, *Arrêts*, Centurie I, chap. 98, n<sup>os</sup> 10, 11, 12.

3. Brodeau, sur Louet, lettre M, sommaire IV, n<sup>o</sup> 3.

Un arrêt de 1677 du Parlement de Paris contient presque la même chose.

1) La première raison de l'irrévocabilité du contrat de mariage résulte de la connexité qu'il y a entre le mariage qui est indissoluble après qu'il a été une fois célébré et les conventions sous lesquelles il a été contracté, lesquelles doivent être de même nature.

Ce motif, qui se fonde lui-même sur le caractère religieux et moral de mariage, qui l'a rendu essentiellement irrévocable, est assez important, et il est rationnel de considérer les conventions matrimoniales, qui ne font que l'accessoire du mariage, tout aussi immuables que le mariage lui-même.

2) Un second motif serait tiré de l'intérêt des familles. Par des changements postérieurs on pouvait faire passer les biens propres de l'un d'eux à l'autre et la famille de l'autre se trouvait atteinte par ces changements. Mais alors la conséquence aurait dû être de permettre tout changement aux conventions matrimoniales, si ces changements avaient été faits avec l'autorisation de la famille, ce que la loi défend d'une façon absolue et par conséquent le motif ne peut être fondé.

Toutefois si ce motif ne peut plus être invoqué dans le droit moderne, il avait sa valeur pour l'ancien droit car il tendait à assurer aux familles leurs biens propres et les préservait contre les fautes de l'un des époux.

Mais les anciens jurisconsultes sont très loin de

s'entendre sur les raisons qui ont déterminé le principe de l'immutabilité. Ainsi :

Pour Loysel, les changements du contrat de mariage sont prohibés par crainte de fautes qui auraient été susceptibles au préjudice des enfants des familles. Mais ce motif conduirait à décider que les conjoints riches et majeurs qui ont fait leur contrat sans don de leurs parents et amis, pouvaient faire un autre contrat pendant le mariage (1).

Pour Ferrière, le motif est dans le désir de conserver les biens dans les familles. Ses conclusions seraient que les contre-lettres faites avant le mariage doivent être poursuivies aussi bien que celles qui avaient suivi la célébration de ce qui est contraire à l'article 258 de la coutume de Paris.

Mais il y avait des auteurs qui admettaient la validité des contre-lettres faites pendant le mariage si elles avaient été valables avant le mariage, mais cette opinion est repoussée par Ferrière. Cependant, lui-même dans un autre passage revient sur sa première opinion en apportant un tempérament remarquable, dans le cas où le mariage était exposé aux oppositions abusives des collatéraux. Dans ce cas le mariage étant célébré en hâte, on permettait aux époux de faire leur contrat de mariage après le mariage, sous la condition qu'il soit fait immédiatement après la célébration, conformément aux règles de la coutume et devant les plus proches parents.

---

1. Loysel. *Institutes coutumières*, l. I, tit. II, règle 4.

Dumoulin donna aussi comme motif du principe la conservation des biens dans les familles. Comme conséquence il permettait aux époux de faire tous les changements qui étaient dans leur intérêt mais sans nuire aux intérêts de leur famille.

Mais plus loin, Dumoulin, donne comme motif du principe la prohibition des donations entre époux et la conséquence est que les époux qui se sont mariés sous le régime exclusif de communauté, ne peuvent établir pendant le mariage le régime de la communauté. Lebrun est du même avis (1).

3<sup>o</sup> Une raison importante présentée par les anciens jurisconsultes pour justifier le principe de l'immutabilité est la prohibition des donations entre les époux. Toutes les coutumes prohibaient les contrats à titre gratuit passés entre époux ; mais les contrats à titre onéreux étaient permis, sauf certaines coutumes qui les ont interdits pour ne pas déguiser des donations.

Mais le contrat de mariage est le plus propre à cacher des donations entre les époux, et pour cela il a été décidé qu'un tel contrat, une fois le mariage célébré, ne pouvait plus être modifié.

Cependant on ne doit pas conclure que la défense de changer les conventions matrimoniales n'a d'autre but que d'empêcher les donations entre les époux. Il y a d'autres motifs plus importants.

4<sup>o</sup> Un autre motif peut être tiré de la protection

---

1. Dumoulin, sur Paris, 110, n<sup>o</sup> 4.

due aux époux contre l'entraînement d'une passion aveugle. Ainsi Bouhier dit :

« S'il était permis d'altérer les clauses des conventions matrimoniales, celui qui aurait le plus de pouvoir sur l'esprit de l'autre, n'oublierait rien pour faire changer à son avantage les conventions. » (1). Mais ce motif ne suffit pas, à lui seul, à justifier la règle de l'irrévocabilité dans l'ancien droit. Bouhier ajoutait à cela un autre motif, le maintien de la paix du ménage. Il était à redouter que si l'un des époux résistait aux sollicitations de son conjoint, et refusait les changements voulus par l'autre époux, cela eût causé entre eux des troubles intéressant l'union conjugale (1).

5) Il y a des auteurs qui donnent comme une raison puissante du principe le respect de la foi publique, suivant leur langage ou plutôt l'intérêt des tiers. Ce motif, l'intérêt des tiers, n'a été développé que par le Code civil. Cependant les anciens auteurs l'ont remarqué. Louët cite l'intérêt des tiers dans l'énumération des motifs pour justifier le principe. Bouhier déclare que les conventions matrimoniales « sont comme les lois des deux familles, l'intérêt des enfants à naître, l'honnêteté publique et le repos du mariage » (2).

---

1. Bouhier sur la coutume de Bourgogne, ch. 21, n° 157. Aussi Basnage sur la coutume de Normandie, art. 388, dans le même sens.

2. Bouhier sur la coutume de Bourgogne, ch. XXI, n° 157.

De même Jean Tronçon dans son ouvrage sur le droit français et la coutume de Paris.

Lepreste déclare les conventions matrimoniales des contrats de droit public (1).

Ce sont presque toutes les raisons puissantes présentées par les anciens auteurs pour justifier le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales dans l'ancien droit français. Elles peuvent être ramenées à une double idée :

- 1) Protection de chacun des époux contre l'autre ;
- 2) L'harmonie qui doit exister entre le mariage et le régime matrimonial.

D'après le Code civil, la règle de l'immutabilité a été maintenue.

Des rapports de Berlier et de Siméon au Corps législatif, les motifs justifiant le principe peuvent être ramenés à trois :

- 1) L'intérêt de la famille ;
- 2) L'intérêt des époux ;
- 3) L'intérêt des tiers.

1) *Quoique l'intérêt des familles*, comme nous l'avons déjà montré, ne puisse plus être invoqué dans le droit moderne, cependant l'incertitude à leur sujet était très grande si les époux pouvaient changer les biens reçus de leurs parents, et dilapider ce que leurs parents ont amassé avec tant de peine.

L'immutabilité des conventions matrimoniales prévoit le mal et l'arrête dans son germe.

---

1. Lepreste, *Arrêts centurie*, 1, ch. 48, n° 12. Aussi Berthon : *Décision sur le droit civil*.

2) *L'intérêt des époux.* — Le motif essentiel de la disposition de la loi moderne est l'intérêt des époux. Le Code civil, comme les coutumes aussi, a estimé que presque dans tous les cas un des époux exerce en général dans le mariage une sorte de domination dont il usera pour servir ses intérêts en sacrifiant ceux de son conjoint. Cette influence peut résulter de la faiblesse du sexe, de l'ascendant de l'âge, de causes sans nombre ; c'est ainsi que presque toujours le mariage établit au profit de l'un d'eux une influence dangereuse sur son conjoint.

Quel remède apporter à cela ? Les actes qui sont à redouter entre époux ne sont pas les donations parce que leurs conséquences sont faciles à calculer, et puis elles sont essentiellement révocables ; donc le mal est réparable.

Les surprises sont à craindre dans les contrats à titre onéreux, lorsqu'ils dissimulent des libéralités. D'autre part, la loi qui a permis aux époux de se faire ouvertement des donations a-t-elle prohibé les libéralités indirectes et déguisées ; elle a prohibé surtout les changements aux conventions matrimoniales ; accorder aux époux la permission de changer les conventions matrimoniales, ce serait leur fournir un moyen détourné de se faire des donations irrévocables ; or la loi veut que celles-ci soient essentiellement révocables au gré des donateurs (art. 1096, al. 1) (1).

---

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. I, p. 82-83.

3<sup>o</sup> Mais le Code civil s'est surtout préoccupé de l'intérêt des tiers. Dans le droit romain et dans l'ancien droit on ne se préoccupait pas de l'intérêt des tiers, mais dans le droit moderne cet intérêt est passé au premier plan. A leur égard, le régime matrimonial doit être stable. Les tiers doivent être garantis contre les fraudes auxquelles pourrait donner lieu la latitude plus ou moins profonde des époux de modifier les conditions de leur régime matrimonial (1). Cet esprit de protection a présidé notamment à la confection de l'article 1395. Il suffit de rappeler les paroles de Berlier au Tribunat pour voir que l'intérêt des tiers a été la cause la plus puissante du maintien de la règle de l'immutabilité.

« Ces dispositions, disait Berlier, ont pour objet d'empêcher les fraudes avec les tiers, telles que celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples. Le gouvernement entre certainement dans nos vues toutes les fois qu'il enlève à la mauvaise foi quelques-uns de ses nombreux asiles ou qu'il en rend l'accès plus difficile. » (2).

La même préoccupation résulte de la publication du contrat du mariage réglée par la loi du 18 juillet 1850.

Le principe de l'immutabilité est aussi en harmonie avec le principe établi dans l'article 1096 du Code civil qui permet les donations entre époux ; cette

---

1. Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> édit., V, § 503 bis, note 1. Guillouard, *du Contrat du mariage*, 1.215.

2. Fenet, t. XIII, p. 667.

règle entraîne la défense de tout changement qui pourrait constituer une libéralité au profit de l'un des époux, car cette donation serait irrévocable, comme résultant d'un contrat bilatéral et exigeant par conséquent le concours des deux parties pour la révoquer.

Ce principe, est également en harmonie avec la règle qui défend entre époux les libéralités mutuelles et réciproques par le seul et même acte (art. 1097 C. civ.).

Telles sont les raisons très importantes qui justifient la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales dans le droit moderne. Elles ont une portée sociale considérable et pour cela leur observation doit être suivie d'une façon stricte.

Quant aux autres motifs de l'ancien droit, par exemple l'idée de la conservation des biens dans les familles, ils avaient disparu vers le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Il ne pouvait être question en 1804 de faire revivre un principe aussi opposé aux idées modernes de liberté de la circulation des biens et d'égalité entre les citoyens.

## CHAPITRE II

### **La portée d'application et la sanction du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.**

---

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est prévu par le Code dans les articles 1394 et 1395 ; deux dispositions qui ne constituent point une répétition inutile, mais qui, au contraire, se complètent mutuellement et forment un tout parfaitement homogène.

Comme nous l'avons dit, le contrat de mariage a pour but de régler les rapports pécuniaires des époux ; mais il peut aussi contenir des dispositions des conventions dont le but est différent, ces conventions ne sont pas toutes matrimoniales, il importe donc de faire des distinctions.

Mais il est assez difficile de définir exactement quelles sont les conventions matrimoniales et par conséquent de savoir quand la règle de l'immutabilité est applicable.

La jurisprudence a montré souvent des hésitations dans les affaires qui lui ont été soumises.

Cependant on peut considérer comme conventions matrimoniales celles passées par les futurs époux pour régler leurs intérêts pécuniaires durant le mariage et au moment de sa dissolution ; tandis que toutes les autres conventions faites par les époux entre eux ou avec des tiers qui n'ont pas pour objet de régler les rapports naissants entre leurs biens de leur qualité d'époux ne sont pas matrimoniales.

En examinant les différentes conventions matrimoniales on peut en trouver de quatre sortes :

1° *Les stipulations pécuniaires* relatives au régime des époux ;

2° *Les stipulations d'un caractère moral* relatives au régime des époux ;

3° *Des stipulations étrangères* au régime des époux ;

4° *Des libéralités faites aux époux* soit par l'un des époux à l'autre, soit par des tiers.

1) Les conventions pécuniaires relatives au régime des époux déterminent la fortune de l'association conjugale, la composition des patrimoines propres et communs, les droits des époux sur les biens, ainsi que les règles d'administration, de partage et de liquidation.

Ces conventions constituent de véritables conventions matrimoniales et peuvent être expresse ou tacites. Expresse quand les époux les ont réglementées par leur contrat de mariage ; tacites lorsqu'il n'y a point de contrat de mariage ; alors c'est la loi qui remplace le contrat de mariage et

qui établit le régime de la communauté comme régime légal, de droit commun. Il en serait encore de même quand le contrat de mariage est frappé d'une nullité. La loi présume que le régime annulé était préférable à celui de la communauté légale, mais celui-ci préférable à tous les autres.

Ainsi le premier étant impossible, parce qu'il est annulé, ils sont censés s'en être tenus au second.

Dans l'ancien droit les conventions tacites résultaient aussi du régime légal. Pothier nous dit cela en parlant du principe de l'immutabilité (1).

2) Les conventions d'un caractère moral n'ont pas un rapport direct avec les patrimoines ; elles se réfèrent plutôt au régime même des époux vis-à-vis l'un de l'autre qu'au régime des biens.

Telles sont les clauses suivantes : Le beau-père et le gendre demeureront ensemble, le dernier apportera ses revenus, son industrie ; le beau-père contribuera aux charges de la vie commune.

Ainsi la clause par laquelle la femme est autorisée par son mari à faire commerce : cela regarde surtout la puissance maritale et le caractère moral absorbe le caractère pécuniaire. Toutes ces clauses quoique dans un rapport intime avec les conséquences du mariage n'entrent pas dans le cadre de l'article 1395, parce qu'elles ne se réfèrent pas aux intérêts pécuniaires, à l'organisation des patrimoines des époux.

---

1. Pothier. *Introd. à la communauté*, n° 18, et Guillouard, I, n° 224.

En ce qui concerne la clause relative à l'autorisation donnée à la femme de faire commerce la question est controversée. Si on la fait entrer dans le cadre de l'article 1395, alors pour la révoquer il faut appliquer l'article 1388. Si elle était irrévocable, elle porterait atteinte à l'autorité maritale que le mari peut déléguer, mais qu'il ne saurait abdiquer définitivement (1).

3) Les conventions étrangères à l'organisation de l'association conjugale sont celles qui n'ont qu'un rapport accidentel, et qui pourraient être faites dans un acte différent. On peut citer : une vente, un bail, une reconnaissance d'enfant naturel.

Il y a alors deux contrats distincts : le contrat de mariage régi par les articles 1394 et 1395 et l'autre qui suit les règles du droit commun. Leur existence n'est point subordonnée à la réalisation du contrat du mariage. Toutes ces conventions sont valables comme acte notarié ordinaire, mais vis-à-vis des conventions matrimoniales elles sont caduques.

On peut cependant, par une stipulation expresse ou tacite, les subordonner à la célébration du mariage ; ainsi une vente ou un louage par le beau-père de ses biens à son futur gendre sous la condition *si nuptiæ sequerentur*.

Toutes ces conventions ne sont pas visées par l'article 1395 et par conséquent ne sont pas des conventions matrimoniales.

---

1. Bordeaux, 12 novembre 1873. Sirey, 1874, II, 193. — Demolombe, IV, n° 322. — Guillouard, I, n° 225.

Cependant la Cour de Nîmes s'est refusée à distinguer les conventions étrangères au régime des époux contenues dans le contrat de mariage et les conventions matrimoniales proprement dites. Il s'agissait d'un contrat de mariage qui contenait la clause par laquelle la future affermaït ses immeubles à ses parents.

La Cour de Nîmes a décidé que la remise verbale faite par la femme à ceux-ci sur le prix de bail doit être considérée comme un changement verbal aux conventions matrimoniales prohibé par les articles 1395 et 1396 et donc entaché de nullité (1).

Mais nous ne saurions approuver la décision de la Cour parce que nous ne trouvons aucun point commun entre le bail et le contrat de mariage ou avec les droits des époux relativement à leurs biens.

Laurent justifie cette décision en admettant seulement le cas où le bail était lié si intimement aux conventions matrimoniales, qu'un changement à ce contrat modifiait le régime matrimonial, comme dans le cas où les fermages appartiendraient au mari à titre de fruits pour l'aider à subvenir aux charges du mariage (2).

4) *Enfin le contrat de mariage peut contenir des libéralités que l'un des époux fait à l'autre ou qu'un tiers fait aux époux ou à l'un d'eux. Alors la question est discutée pour savoir si ces libéralités*

---

1. Nîmes, 7 février 1852. Dalloz, 1855, V, 112.

2. Laurent, t. XXI, n° 71. p. 93.

sont de simples donations ou de véritables conventions matrimoniales ?

La différence entre ces donations et les vraies conventions matrimoniales est qu'elles ne contribuent pas au fonctionnement du régime mais seulement à la formation des patrimoines. Elles facilitent le mariage et ne sont faites qu'en vue du mariage ; donc elles deviennent caduques si le mariage ne s'ensuit point. La conséquence serait qu'elles soient des conventions matrimoniales régies par l'article 1395 (1). On a cherché à dénier ce caractère en invoquant plusieurs arguments :

a) De la manière que le Code civil a traité les conventions matrimoniales et les donations par contrat du mariage il résulte que son intention a été de ne les point confondre et de les soumettre à des règles différentes : pour les premières, au titre de contrat de mariage ; pour les secondes, au titre des donations. Donc l'article 1395 ne leur sera pas applicable. On a cherché à réfuter cet argument. Ainsi M. Sirey le réfute par un argument *a contrario* tiré de l'article 1096. Il dit que l'article 1096 déclare révocables les donations entre époux et ne s'applique qu'à celles qui sont faites pendant le mariage ; *per a contrario* celles qui sont faites dans le contrat de mariage doivent être irrévocables.

Mais sans contester l'irrévocabilité de celles-ci la

---

1. Dans ce sens Trib. Fougères, jugement du 25 juin 1812, Sirey, II, 365.

réponse de M. Sirey est inexacte parce que, on peut conclure de l'article 1096 que *seul le donateur est mis en impossibilité de révoquer la donation faite par le contrat du mariage*, mais que les deux époux conjointement peuvent renoncer à cette libéralité. Donc conformément à l'article 1096 les deux époux peuvent renoncer à une donation faite par le contrat de mariage mais ils ne peuvent arriver à ce résultat à cause de l'article 1395. La révocation diffère de la renonciation par cela qu'elle est un acte unilatéral qui doit émaner du donateur seul, conformément à l'article 1096 du Code civil.

b) On a dit aussi que l'article 1091 qui règle les donations par contrat de mariage et leurs conditions, ne cite pas comme condition l'irrévocabilité. Mais cette règle devait être traitée au titre : *Du contrat de mariage* et non au chapitre : *Des donations*.

c) On a également invoqué l'article 1398 qui traite des conventions et donations permises au mineur dans le contrat de mariage, et qui, dit-on, fait une distinction entre ces deux sortes d'actes ; mais loin de les distinguer il les rapproche et les met sur la même ligne en répondant à la double incapacité du mineur pour les conventions conformément à l'article 1124 et pour les donations conformément aux articles 903 et 904.

d) Un autre argument est tiré de l'article 1525 du Code civil qui dit que la clause par laquelle la totalité de la communauté est attribuée à l'un des époux n'est point un avantage soumis aux règles des dona-

tions mais une convention matrimoniale : donc ici encore il s'agit d'une distinction entre les conventions de mariage et les donations.

Mais telle n'est pas la portée de l'article 1595. Il dit seulement : Que parmi les conventions matrimoniales il y a des donations et qu'elles gardent encore leur caractère de libéralités étant soumises aux règles du rapport et réduction quoique renfermées dans le contrat. Par exception les clauses qui attribuent un préciput ou la totalité de la communauté à l'époux survivant, ne sont pas regardées comme donations, et on leur appliquera donc seulement les règles des conventions matrimoniales qui ne sont pas des donations. L'article 1516 qui concerne le préciput a la même portée.

Par conséquent cette opinion qui conteste aux libéralités faites par le contrat de mariage le caractère des conventions matrimoniales est mal fondée ; elle est contraire à la tradition car l'ancien droit assimilait les donations, les douaires, etc., aux conventions matrimoniales ; même Pothier la présente comme un axiome en rangeant parmi les conventions matrimoniales les institutions contractuelles, les donations aux époux et à leurs enfants à naître (1).

Aujourd'hui il n'y a pas de doute ni en doctrine ni en jurisprudence (2). Toutes ces donations, éma-

---

1. Pothier. *Introduct. à la commun.*, nos 2, 3, 18.

2. Aubry et Rau, *op. cit.* V. 503 *bis* et note. Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I. 101. — Cass., 4 décembre 1867. D. 67. 1.455. Cass., 13 juill. 1886. D. 86.1.462.

nant soit des époux, soit des tiers, sont faites en vue du mariage et subordonnées à la condition de sa célébration. L'intérêt des tiers et celui des époux exige que les donations soient soumises à l'article 1395 (1).

En ce qui concerne l'application de ce principe qui donne lieu à de nombreuses difficultés nous y reviendrons plus loin.

Telles sont à peu près toutes les sortes de conventions qui peuvent figurer dans le contrat de mariage ; mais parmi celles-ci seulement deux catégories sont régies par l'article 1395 du Code civil, ce sont :

1° Les stipulations relatives au régime pécuniaire de l'association conjugale ;

2° Les donations faites aux époux dans leur contrat de mariage.

Avant d'entrer dans l'examen des changements portant sur l'ensemble du régime, il importe de dire quelques mots sur les conventions interprétatives et celles relatives à l'exécution du contrat.

Plusieurs règles peuvent être établies à cet égard. Premièrement, la jurisprudence déclare valables les clauses interprétatives du contrat de mariage (2). Pothier disait : A l'égard des actes qui ne seraient qu'explicatifs de quelque une des conventions portées

---

1. Zachariæ, t. IV, § 636 et note 6. Guillouard, I, n° 72. Laurent, XXI, n° 72.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, V. § 503 bis. Guillouard. *Contr. de mariage*, I, 245. Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I. 119.

au contrat du mariage, et qui ne contiendraient rien de nouveau, ils ne peuvent pas passer pour contre-lettres, et rien n'empêche qu'ils soient valables (1).

Ces conventions ne s'imposent pas au juge, elles servent seulement comme renseignements. D'ailleurs les règles communes d'interprétation des conventions s'appliquent aussi au contrat de mariage.

En second lieu l'article 1395 ne s'applique pas aux conventions qui n'ont pour objet que son exécution. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord sur ce point (2). Comme applications de la jurisprudence nous pouvons citer : 1° que la dation d'un immeuble en paiement de la dot qui devait être payée en argent, constitue, sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, un mode licite d'exécution prévu par l'article 1406 du Code civil (3).

2° Lorsque les parents ont constitué à leur fille une pension annuelle par contrat de mariage, ils peuvent, du consentement des époux, la convertir en un capital (4).

Il faut encore ajouter que le contrat de mariage laisse aux époux l'exercice de tous les droits inalié-

---

1. Pothier. *Introduct. à la commun*, n° 13.

2. Troplong, *op. cit.*, I, 218. — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Planiol, *op. cit.*, III, 817. — Le Courtois et Surville, I, 110. — Dalloz J. G., V° *Contrat de mariage*, n° 379.

3. Civ. cass., 8 déc. 1874. D. 75.1.33. — Req. 4 août 1852. D. 52.1.193.

4. Civ. cass., 22 juillet 1889. D. 90. 1. 425. — Paris, 11 mars 1879. D. 80. 2. 228.

nables tels que la puissance paternelle, puissance maritale, l'administration des propres, etc.

Aussi il faut tenir compte des restrictions qui pourraient résulter de la nature du régime matrimonial.

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales est contenu dans les articles 1394 et 1395 ; nous avons déterminé le domaine de l'article 1395 ; disons un mot de l'article 1394, lequel, comme nous l'avons dit déjà, au lieu de présenter dans leurs dispositions une répétition inutile se complètent l'un l'autre.

L'article 1394 dit : *Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage, par acte devant notaires.* Voilà les dispositions de cet article : La première demande que les conventions matrimoniales soient rédigées avant la célébration du mariage ; cela signifie que, aucune modification n'est plus permise après cette célébration.

Une autre conséquence de cette disposition est que l'article 1384 a mis fin à la controverse qui existait dans l'ancien droit. Les conventions faites après ne sont pas considérées comme matrimoniales (1).

*Une seconde disposition est la rédaction du contrat du mariage par devant notaire ; cette disposition est due à la solennité du contrat et au principe de l'immutabilité. Les parties n'ont plus la possibilité de*

---

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, p. 85.

changer ou annuler les conventions matrimoniales en déchirant ou cachant l'*instrumentum*.

Maintenant il faut revenir au principe même de l'immutabilité des conventions matrimoniales et déterminer ses applications.

CHANGEMENTS AUX CONDITIONS MATRIMONIALES. —

En lisant l'article 1395 on trouve le mot *changement*. « Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent recevoir aucun *changement* après la célébration du mariage. » Quelle est donc la signification de l'expression *changement* ? Quoique *omnis definitio juris periculosa est*, nous tâcherons de définir le *changement*, tout acte qui a pour but d'altérer la nature juridique attribuée aux biens par le contrat de mariage. Par nature juridique d'un bien il faut comprendre toutes les règles qui concernent la formation, l'administration et la liquidation (partage) d'un patrimoine. Donc tout acte fait pendant le mariage qui l'aurait soustrait à une de ces règles d'une façon définitive, constitue un *changement*.

Cependant de cette prohibition, il ne faut pas conclure que les conventions matrimoniales frappent les biens d'une immobilisation. Les époux sont libres de passer des conventions soit entre eux, suivant l'opinion générale, soit avec des tiers ; ils peuvent acquérir et aliéner à titre gratuit ou onéreux, augmenter ou diminuer leur patrimoine suivant le hasard de leurs opérations. Toutes ces variations des patrimoines ne constituent pas des *changements*.

Pour étudier les *changements* possibles il importe

de remarquer que les changements peuvent porter, soit sur l'ensemble du régime, soit sur ses conséquences. Dans le premier cas ils modifient la nature juridique de tous les biens qui tombent sous l'application de la règle modifiée ; dans le second la modification concerne seulement un bien déterminé.

D'autre part, il faut dégager le changement aux donations matrimoniales qui constituent des conventions matrimoniales *lato sensu*.

Donc deux divisions de ce paragraphe : a) *Des changements aux conventions matrimoniales proprement dites* ; et b) *changements aux donations et contrats à titre onéreux entre époux*.

#### **a) Changements aux conventions matrimoniales proprement dites**

α) D'abord nous allons étudier le changement à l'ensemble du régime ; puis β) les changements affectant seulement les conséquences du régime adopté.

α) *Modifications à l'ensemble du régime*. — Ces changements peuvent être généraux ou partiels, tacites ou exprès ; prévus par le contrat et opérés au cours du mariage.

Prenons les premiers. L'effet des changements généraux abroge totalement un régime et le remplace par un autre. Par exemple deux époux mariés sous le régime de la séparation des biens stipulent une communauté universelle.

Un autre changement plus fréquent, et qui est le plus dangereux, c'est la substitution du régime de séparation des biens au régime de communauté. Dans l'ancien droit cette convention était prohibée par les coutumes (Cout. d'Orléans). L'article 1443 *in fine* fait encore une application directe du principe de l'immutabilité en édictant : « Toute séparation volontaire est nulle. » Mais cette disposition de l'article 1443 qui ne se justifie que par la crainte de ces séparations est inutile car cela résulte de l'article 1395 comme une conséquence directe.

Il y a aussi changement si les époux rédigeaient leur contrat de mariage après la célébration du mariage, et n'adoptaient pas purement et simplement le régime de la communauté légale. Nous avons dit que jusqu'au jour du mariage ils peuvent écarter le régime légal de la communauté et en adopter un autre ; mais qu'une fois le mariage célébré, ils n'ont plus cette possibilité. Donc si les époux dans le contrat dressé par la suite adoptaient le régime dotal ce contrat renfermerait une abrogation tacite du régime de la communauté légale et l'établissement d'un régime différent. Ici l'article 1354 consacre une application du principe de l'immutabilité en disant : « *Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage.* La loi ne distingue pas si le contrat établit un régime différent du régime légal ou s'il établit le régime légal même, en se bornant seulement à constater les conventions établies tacitement au moment du mariage. De même il n'y aurait nul compte à

tenir de la bonne foi des époux (1). Dans tous les cas le contrat de mariage est nul.

Cependant il faut remarquer que si le contrat fait postérieurement au mariage est nul comme contrat de mariage, c'est-à-dire en ce qui concerne les conventions matrimoniales, il reste valable pour les autres conventions qu'il constate.

Ainsi, par exemple, s'il constate une vente, il fait la preuve de cette vente par acte authentique. Il peut faire aussi la preuve des apports des époux quoique nul comme contrat de mariage parce que l'apport ne constitue pas une convention matrimoniale par lui-même, mais il se borne seulement à établir le montant de la dot ou des biens de la femme. Cette preuve est crue jusqu'à l'inscription de faux en ce qui concerne la déclaration faite du montant de l'apport, mais non de la *véracité* de cette déclaration. Elle peut être renversée par la preuve contraire (2).

Mais pour les donations faites aux époux que faut-il décider ? On a soutenu que le contrat nul ne peut faire aucune preuve pour elles, parce que les donations rentrent dans la classe des conventions matrimoniales et sont nulles comme faites après la célébration du mariage.

L'opinion contraire est plus rationnelle. En effet

---

1. Req. 23 août 1826. Dalloz, Rép. v. *Contr. de mariage*, n. 386. Villefranche, 4 juillet 1879. Lyon, 28 février 1880. Cass., 14 déc. 1880. Dalloz. 1881, I, 310.

2. Aubry et Rau, § 503 *bis*. Laurent, XXI, n° 63. Riom, 24 août 1846, Dalloz, 1847, IV, 110.

les donations faites aux époux ne sont des conventions matrimoniales que par exception quand elles ont pour but de favoriser le mariage, c'est-à-dire lorsqu'elles sont faites avant le mariage dans le contrat ; faites après, elles ne sont que des donations ordinaires. Cependant, l'acte ne valant plus comme contrat de mariage, les donations ne seront plus dispensées de la formalité de l'acceptation (art. 1087 C. civ.) ; celles qui constituent une institution contractuelle, tomberont avec le contrat de mariage lui-même (1).

Comment faire la preuve que le contrat de mariage a été rédigé avant ou après la célébration, quand les deux ont eu lieu le même jour ? S'il n'y a aucune indication dans le contrat alors la preuve peut être effectuée par témoins ; ce n'est pas un fait juridique qu'il faut prouver, mais un fait purement matériel ; mais le plus souvent la preuve résulte du contrat lui-même en qualifiant les parties de « futurs époux », ce qui implique que le mariage n'était pas encore effectué. Mais, comme cette mention, de futurs époux, peut être l'effet d'une clause de style, employée par les notaires dans la rédaction des contrats de mariage alors, n'étant pas l'œuvre des parties, elle reste étrangère à la substance de l'acte. La force probante n'est pas celle d'un acte authentique, mais

---

1. Aubry et Rau, V, § 503 bis, texte et not. 5. Req., 11 nov. 1828. Dalloz, Rép. *Contr. de mariage*, n° 306.

d'une simple allégation qui peut être renversée par la preuve contraire (1).

Un autre changement général a lieu dans le cas où les époux ratifient un contrat de mariage dressé après le mariage. Cela résulte de l'article 1395 ; ratifier une violation de cet article pendant le mariage serait permettre de le violer ouvertement.

La ratification est aussi impossible dans le cas où le contrat de mariage est frappé d'une nullité résultant d'une cause différente comme erreur, incapacité, etc. Cela serait substituer un contrat valable à un annulable. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

Les changements partiels sont ceux qui modifient seulement certaines parties d'un régime, qui remplace une clause par une autre. Ils sont trop nombreux et impossibles à les énumérer. Par exemple, des époux mariés sous un régime, ne pourront, durant le mariage, changer un article, soit de ceux relatifs à la communauté légale ou conventionnelle, au régime des séparations de biens ou exclusif de communauté, soit à ceux relatifs au régime dotal.

Un autre cas : Si les époux sont mariés sous le régime conventionnel, ils ne pourraient revenir sur les conventions et abroger une clause qu'ils ont arrêtée dans le contrat.

---

1. Aubry et Rau, *loc. cit.* Troplong, I, n° 177. Laurent, XXI n° 67.

2. Rodière et Pont, 1.181, Aubry et Rau, V, § 502 *in fine*. Laurent, n° 33, t. 21.

Les changements tacites sont ceux qui ne résultent pas d'une clause expresse. On en trouve un exemple dans la séparation des biens.

Nous savons que conformément à l'article 1451 les époux séparés judiciairement soit de corps et de biens, soit de biens seulement peuvent rétablir, d'un commun accord la communauté dissoute par la séparation. Mais ce rétablissement de la communauté doit former l'objet de la convention entre époux, et non un autre régime. C'est-à-dire que les époux, en faisant cesser la séparation ne peuvent adopter que le régime primitif (1).

Conformément à la loi du 27 juillet 1884, les époux divorcés peuvent se remarier, mais ils ne peuvent adopter un autre régime matrimonial que celui qu'ils ont eu lors de leur premier mariage. Cela résulte de l'article 295 alinéa 2 : « Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union », alinéa édicté dans l'intérêt des tiers (2). Tous ces changements sont convenus pendant le mariage. Mais il arrive parfois que ces changements résultent d'une convention antérieure insérée dans le contrat de mariage.

Comme ces clauses sont convenues à une époque où les époux n'ont aucune influence l'une sur l'autre, un abus de pouvoir n'est pas à redouter. L'intérêt des tiers aussi ne s'élève pas davantage contre

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, 1201.

2. Planiol, *op. cit.*, III, 678.

cette décision, car ils n'ont qu'à consulter le contrat de mariage pour éviter la fraude ; donc on devrait admettre un régime à terme ou sous une condition casuelle. Mais comme nous verrons, cette distinction ne doit point être admise.

*Condition potestative.* — Nous allons voir premièrement le cas d'une condition potestative. La stipulation d'un régime matrimonial sous condition potestative, dépendant des deux époux ou de l'un d'eux seulement, est nulle.

Etablir un régime sous condition potestative serait se réserver le droit de modifier à volonté les conventions matrimoniales, d'abroger en bloc le régime ou seulement certaines de ses clauses ; ces clauses n'auraient pas tardé à devenir de style et la règle édictée par les articles 1394-1395 aurait été illusoire.

Dans l'ancien droit il s'était élevé quelques doutes (1) à ce sujet. Nous savons qu'il y a deux sortes de conditions potestatives. Les premières sont les *conditions purement potestatives, si voluero* ; les secondes qui exigent le concours d'une circonstance extérieure à la volonté des parties, par exemple « *si je vais à Rome* ». Il est certain, que les deux conditions sont prohibées (2). En matière d'obligations

---

1. Arrêt de 1654 qui les déclare valables.

Pothier. *Intr. à la Comm.*, n° 19. — Dumoulin, art. 110 de la Coutume de Paris.

2. Planiol, *op. cit.*, III, § 828, *in fine*. En même sens. Rodière et Pont, *op. cit.*, I n. 82, p. 56. — Aubry et Rau, t. V, § 504, texte et note. — Cass., 15 mai 1878. S. ; 78. I. 449.

la condition purement potestative, *si voluero* est interdite parce que le sort de la convention dépend de la pure volonté du débiteur, mais la condition simplement potestative est promise parce qu'elle laisse au hasard une part de la réalisation de l'obligation.

Nous pouvons dire aussi que la stipulation des régimes sous une alternative dépendant de la volonté des parties doit être prohibée parce que cela signifierait laisser aux époux le choix entre deux ou plusieurs régimes et par conséquent leur réserver le droit de révoquer le régime en vigueur et d'admettre un autre déterminé d'avance, ce qui serait contraire au principe de l'immutabilité.

*Le terme.* — En ce qui concerne le terme nous avons un texte, l'article 1399 du Code civil ainsi conçu : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil ; on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. » Ce texte dit par conséquent que la communauté commence nécessairement le jour du mariage et qu'on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. Quelle est la raison de ce texte ? La raison est historique : ce texte a servi à abolir le délai d'an et jour qui retardait la formation de la communauté, dans certaines coutumes (1). Mais, comme nous savons il y a deux sortes de termes : *extinctif* qui arrête les effets

---

1. Planiol; *op. cit.*, t. III, § 827.

d'un acte juridique pour l'avenir, sans les anéantir dans le passé, et le second est le terme *suspensif* qui suspend les effets jusqu'à sa réalisation. Mais, dans notre matière, le terme a une double face : il abolit un régime et en fait naître un autre. En lisant l'article 1399, on voit qu'il proscriit le terme suspensif pour ce régime. Pour le terme extinctif, nous trouvons l'article 1441 qui énumère toutes les causes de dissolution de la communauté : mort naturelle, divorce, séparation de biens ; il ne parle point de terme : d'où la conclusion que le régime de la communauté ne peut être affecté d'aucun terme soit extinctif soit suspensif. Et ces articles s'appliquent à la communauté légale comme à la communauté conventionnelle. Mais la loi ne dit rien en ce qui concerne les autres régimes. Que faut-il décider à leur égard ? Peut-on stipuler par exemple un régime dotal pendant dix ans, puis le régime de séparation pendant dix autres années et puis le régime d'exclusion de la communauté ? La question est controversée.

D'après certains auteurs les articles 1399 et 1441 sont propres à la communauté ; ces articles en édictant une prohibition particulière apparaissent comme un texte exceptionnel dont on ne peut étendre l'application. Le droit commun dans cette matière est l'article 1395 auquel déroge l'article 1399, car l'article 1395 se restreint par son texte aux changements *opérés pendant le mariage* ; il ne s'applique pas aux *changements faits dans le contrat lui-même*. Donc

on peut stipuler des régimes à terme dans le contrat.

D'après cette interprétation, on fait une distinction, qui n'existe pas dans le texte. L'article 1395 est absolu et les dernières expressions de l'article 1395 signifient, qu'aucun changement ne peut se produire pendant le mariage c'est-à-dire que dans un changement il faut distinguer la cause et l'effet ; il suffit que l'un d'eux se manifeste pendant le mariage pour rentrer dans l'esprit de l'article 1395.

Un autre argument serait que le régime qui fait succéder l'un à l'autre des régimes qui se ressemblent, c'est-à-dire exclusifs de communauté, ne constitue pas un changement de conventions matrimoniales.

Mais, c'est inexact, et nous savons que la loi prohibe la substitution de la communauté légale à la communauté conventionnelle, donc *a fortiori* elle doit défendre d'autres changements.

On ajoute encore, comme argument en faveur de la validité de ces changements, l'intérêt des époux dans le cas où l'état de leurs affaires exige une modification. Mais cet intérêt pourrait très bien exister aussi sous le régime de la communauté et cependant la loi ne l'a pas pris en considération (1).

L'opinion contraire, c'est-à-dire celle qui annule toutes les combinaisons, soit en fixant un terme extinctif à la communauté, soit en n'appliquant l'article 1395 qu'à la communauté, semble plus justifiée

---

1. Dalloz. Supplément. v. *Contr. de Mariage*, n° 19.

parce que si on permettait aux époux d'adopter tel régime pendant un certain temps, puis ce laps de temps écoulé, tel autre régime, il n'y aurait pas de raisons pour leur interdire de varier successivement leurs conventions matrimoniales pendant la durée du mariage, pourvu qu'ils aient eu la précaution de les passer toutes dans le contrat. Les tiers auraient été dépourvus de toutes les sûretés en traitant avec les conjoints. Nous pensons donc que l'on ne peut soutenir cette théorie, et nous suivons l'opinion de M. Planiol qui, réfutant l'opinion contraire, dit : « *Il n'est pas douteux que la loi tient beaucoup à assurer la stabilité des conventions matrimoniales et qu'elle n'en permet le changement que pour des motifs graves* » (1).

Dans l'ancien droit les auteurs hésitaient à se prononcer sur la question.

Arrivons maintenant à la question de savoir si la stipulation d'un régime matrimonial conditionnel est licite. Quant à la condition potestative nous l'avons déjà étudiée. Même pour les conditions casuelles, il faut constater d'avance qu'il est nécessaire de proscrire celles qui auraient pour effet de faire se succéder au cours du mariage deux régimes matrimoniaux. Une telle condition constituerait plutôt un terme incertain qui serait contraire au principe qui établit l'unité de régime. Par exemple la clause suivante : Le régime

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, p. 827. Nous citons dans le même sens : Laurent t. XXI, n° 206. — Guillouard, t. I, n° 99.

dotal que nous avons adopté sera remplacé par le régime de la communauté légale s'il nous survient des enfants (1). L'ancien droit validait une telle clause. Donc la question doit se poser de la manière suivante (2) : La condition suspensive ou résolutoire, à laquelle le régime matrimonial est surbordonné par le contrat, et qui respecterait le principe de l'unité de régime entre époux, est-elle valable ? Les opinions sont partagées sur ce point. Les uns combattent la condition sous tous les régimes (3) ; d'autres la prohibent seulement pour la communauté (4).

Pour la validité de cette condition on donne comme argument : 1° L'autorité de la tradition (Pothier. *Communauté*, n° 278) ; 2° Elle est conforme au principe de la liberté des conventions matrimoniales ; 3° par l'effet rétroactif de la condition, il n'y aura jamais qu'un seul régime, et le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas atteint. Cette opinion est soutenue par des auteurs éminents comme MM. Aubry et Rau (5).

Contre cette solution on argumente que l'article

---

1. Baudry, Le Courtois et Surville, t. I n° 47 *bis*.

2. Pothier. *Communauté*, n° 278. — Lebrun, I, ch. III, n° 10. — Renunsson, I<sup>re</sup> partie, ch. IV, n° 8. — Denisart. *Communauté*, n° 27.

3. Marcadé, article 1399, nos 2 et 3. — De Folleville, n° 23 *bis*. — Baudry, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 47 *bis*, 91. — Planiol, *op. cit.*, III, 828.

4. Rodière et Pont, n° 85, p. 60. — Troplong, I, n° 322.

5. Aubry et Rau, t. V, § 504, texte et note 9. — Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 16 *bis*. — Guillaouard, I, n° 98. Jurisp. aussi trois décis. de la Cour de Colmar, la dernière du 8 mars 1864. D. 64, 2, § 85.

1399 qui prohibe le terme, *a fortiori* prohibera la condition dont les inconvénients sont bien plus grands que ceux du terme, à cause de l'incertitude de sa réalisation et de son effet rétroactif. Même les autres arguments ne semblent pas trop convaincants. Comme dit M. Planiol, l'autorité de la tradition est faible, car le Code a donné à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales une importance et une rigueur qu'elle n'avait jamais eues et qui ne semblent guère compatibles avec ces espèces de changements à vue machinés à l'avance (1).

Le changement de régime matrimonial présenterait des graves inconvénients pour les tiers qui ont traité avec les époux avant l'arrivée de la condition. On réfute cette objection en disant que les tiers connaissent par le contrat de mariage la possibilité d'un changement de régime. Mais, avant 1850, les tiers n'avaient pas de moyens sûrs pour connaître les conventions matrimoniales des deux époux.

Mais si la condition est nulle quel sera l'effet de cette nullité ? Elle entraîne la nullité du contrat tout entier et par conséquent, les époux devront être considérés mariés sous le régime de la communauté légale.

Certains auteurs (2) disent que seule la condition est nulle et qu'on laisse à choisir l'un des deux régimes qui serait le plus favorable à l'autorité maritale. Mais dans ce cas, on substituera la volonté des

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, § 828.

2. Rodière et Pont, t. 1, n° 92.

juges à celles des parties, arbitrairement et sans aucune base fixe d'appréciation.

β). *Modifications affectant seulement les conséquences du régime adopté.*

Les époux ne peuvent modifier leur régime sur un point spécial, par exemple faire entrer en communauté un bien qui devrait rester propre à l'un d'eux d'après le contrat, ou rendre dotai un bien qui ne devrait pas le devenir (1). Les changements aux conséquences du régime sont les violations les plus nombreuses de l'article 1395. Ces changements concernent la composition des patrimoines, leur administration et leur liquidation. Il est impossible d'énumérer toutes les dérogations qu'offre la pratique aux conséquences du contrat de mariage. Nous citerons les cas les plus importants en les distribuant sous les divers régimes auxquels elles se réfèrent.

**Composition des patrimoines**

1. — *Régime de la communauté légale.* — Les principes qui s'en dégagent sont :

I. — *On ne peut rendre propre un meuble qui doit être commun.* — Les époux ne pourront rendre propre : a) le mobilier, total ou partiel, apporté par l'un d'eux en mariage (art. 1401-1<sup>o</sup> ; b) les fruits de leurs biens personnels ou communs (art. 1401 2<sup>o</sup> ; c) les

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, § 816, al. 2.

immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage en dehors des conditions légales de remploi ou des cas signalés par les articles 1406, 1407, 1408 (art. 1401 3°) (1) ; *d*) le mobilier acquis pendant le mariage à quelque titre que ce soit (1401). 1° Les stipulations les plus fréquentes parmi celles-ci sont la stipulation d'une rente viagère et la contractation d'une assurance sur la vie au profit de l'un des époux.

Pour la rente viagère, il faut distinguer deux cas : ou la rente est constituée par l'un d'eux sur sa tête, ou tous les deux l'ont constitué à leur profit avec clause de réversibilité sur la tête de survivant. Dans les deux cas, la constitution a été obtenue en aliénant une valeur commune.

Il ne s'agit pas ici du cas où l'un des époux a apporté en mariage une rente viagère, parce que cette rente suit le sort de la fortune mobilière des époux, attribuée par le contrat de mariage, étant meubles conformément à l'article 529 du Code civil.

A. — Prenons premièrement le cas de la constitution d'une rente viagère au profit d'un époux ou même au profit de tous les deux. Nous savons que les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage sont communs sous le régime de la communauté. La rente viagère qui a été créée pendant le mariage avec des deniers de la communauté sur la tête de l'un ou des deux époux, ne constitue pas un propre, mais

---

1. Lyon, 21 juillet 1849. Sirey, 1849, II, 477.

tombe dans la communauté. Elle sera donc partageable à la dissolution de la communauté.

On a soutenu le contraire en raisonnant de la manière suivante : L'opération de la constitution d'une rente viagère peut être décomposée en deux opérations différentes ; la première, un prêt et la seconde, une acquisition d'un droit quelconque. La communauté prête ses deniers à un tiers pour acheter un droit quelconque, dans ce cas elle reste étrangère à l'acquisition ; elle n'est que créancière de la somme prêtée. Il doit en être de même quand le prêt est fait à l'un des époux. L'article 1437 relatif aux récompenses est dans ce sens en permettant aux époux de faire des emprunts à la communauté pour l'amélioration, la conservation et le recouvrement de leurs propres et même pour payer les dettes personnelles. Donc le texte étant général, les époux pourront utiliser l'argent de la communauté à leur profit personnel, mais à charge de récompense.

Mais cette argumentation est contraire au principe de l'immutabilité. L'article 1437 n'a pas cette portée. Il a été écrit pour le cas où les époux ont conservé, amélioré, recouvré ou changé le patrimoine qui déjà leur était propre, d'après le contrat de mariage, au dépens de la communauté. Il ne vise pas l'acquisition de nouveaux propres avec l'argent commun. Autrement les articles 1433 et 1435 n'auraient eu aucun sens. Pourquoi la nécessité de dire qu'on peut employer l'argent provenant de l'aliénation d'un propre, et qui appartient à la communauté, à ache-

ter un nouveau bien qui deviendra propre à l'époux aliénateur ? Pourquoi la loi exige-t-elle que l'acte d'acquisition contienne la déclaration que l'argent provenant du propre aliéné a servi à payer le prix de la nouvelle acquisition ? Nous concluons donc, comme nous l'avons déjà dit au commencement, que la rente viagère constituée sur la tête de l'un ou des deux époux forme un conquêt de communauté (1).

La jurisprudence a mis en relief cette règle, qu'il ne peut être créé aucun propre en dehors des stipulations du contrat de mariage ; c'est la loi et le contrat de mariage qui déterminent les propres (2).

B). *Rente viagère réversible au profit du survivant des époux.* — Supposons que les deux époux acquièrent ensemble une rente viagère et que cette rente soit un conquêt, et non un propre. Par exemple, ils vendent un conquêt de communauté pour une rente viagère, et ils stipulent que cette rente reposera *sur la tête du dernier mourant*. A la dissolution de la communauté, elle se trouve parmi les créances communes et doit être partagée : les arrérages à échoir se diviseront entre l'époux survivant et les héritiers de l'autre, contrairement à l'intention des époux qui voudraient faire profiter le survivant de la totalité

---

1. Rennes, 16 juin 1841. Sirey, 1841, II, 553. — Paris, 18 fév. 1865. Sirey, 1865, II, 4. — Rodière et Pont, I, n° 423 ; — Mourlon, note dans Dalloz, 1865, II, 73. Guillouard, *op. cit.*, n° 375. — Aubry et Rau, *op. cit.* V. § 607, note 9. Laurent, XXI, n° 218.

2. Cass., 22 février 1893, S. 94. 1. 65.

des arrérages. Pour obvier à cet inconvénient, les époux conviennent parfois que la rente viagère sera réversible au profit du survivant qui la touchera seul (1).

La question est controversée. Suivant une première opinion, dominant en jurisprudence, lorsqu'un capital tiré de la communauté a servi à la constitution d'une rente viagère au profit des époux, avec la clause de réversibilité sur la tête du survivant, la jouissance de cette rente constitue pour le survivant un avantage dont il doit récompenser la communauté (2).

Mais s'il y a lieu à la récompense au profit de la communauté quel est le montant de la récompense due par l'époux qui profite de la réversion ? Il faut distinguer : Si la rente viagère est servie par une compagnie d'assurances, la récompense est égale à la valeur estimative de la rente, au jour de la dissolution de la communauté, calculée d'après le tarif de la compagnie qui sert la rente (3).

Mais si la rente est servie par un particulier il n'y a pas lieu d'appliquer les tarifs des compagnies d'assurances pour calculer la récompense, d'estimer

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, n° 1321 et suiv., p. 189.

2. Req. 29 avr. 1851. D. P. 52. 1. 25. — Civ. c., 20 mai 1873 avec les conclusions de M. l'avoc. général Blanche. D. P. 74. 1. 72; En ce sens. Pont. *Des petits contrats*, t. I, n° 701. — Guillouard, t. I, n° 377. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n° 851.

3. J. G. S. *Contr. de mariage*, p. 390. En ce sens Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 377.

la rente viagère au décès du prémourant des époux en prenant pour base la somme payée originairement pour la constitution de la rente, en tenant compte de l'âge de l'époux survivant (1). Cette somme doit être représentative de la valeur de la rente au jour de la dissolution de la communauté, avec les intérêts de cette somme à partir de ce jour (2). Les héritiers de l'autre époux ont droit à la moitié de cette valeur.

Mais une partie de la jurisprudence diffère dans sa manière de raisonner. La convention de constitution de rente viagère, d'après cette jurisprudence, aurait un caractère aléatoire et l'époux survivant recueillerait la totalité de la rente, sans être astreint à une récompense. Il n'y aurait pas d'avantage à son profit, parce que la clause était réciproque et aurait pu procurer le même avantage à son conjoint (3). Mais, comme nous avons dit plus haut, la Cour de cassation n'a pas admis cette interprétation.

On a apporté des critiques à cette jurisprudence :  
1) Elle ne dit pas à quel titre l'époux survivant prend pour lui la totalité de la rente ; est-ce comme propre ou comme conquêt ? Des deux côtés il y a une égale

---

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, n° 851.

2. Civ. c., 20 mai 1873 précité. Et les cours d'appels jugent aujourd'hui dans le même sens. Paris, 23 juin 1880, D. 81. 2. 207 ; Lyon, 6 janv. 1881. D. 82. 2. 169 ; S. 84. 2. 146.

3. Rennes, 3 janvier 1861. S. 61. 2. 591. — Besançon, 23 mai 1871. D. 72. 2. 215. S. 74. 2. 310.

impossibilité ou tout au moins un résultat non expliqué ; 2) Elle méconnaît complètement l'intention des parties, car si l'époux survivant paie la moitié de la rente à la communauté, tout l'avantage de la combinaison est perdu pour lui : il obtiendrait le même résultat en traitant avec une compagnie d'assurance (1). Pour atteindre le but, le prémourant n'a qu'à exonérer son conjoint par acte régulier, de l'obligation de payer la récompense (2).

*Systèmes Labbé. — Lyon-Caen. —* Quelques auteurs pour rendre la clause de réversibilité valable ont cherché à lui donner un autre caractère et d'autres effets. Ils voient dans cette clause une double libéralité comprenant deux donations éventuelles ; chacun des époux co-proprétaire de la rente, ferait don à son conjoint de sa part au cas de survie. Le survivant serait ainsi propriétaire de la totalité de la rente, moitié en son nom propre, moitié comme donataire. A ce titre il n'aura pas à donner une récompense (3). L'objection faite à cette opinion est qu'on se trouve alors en présence d'une donation réciproque faite par un seul et même acte ; donc conformément à l'article 1097 du Code civil on devrait l'annuler. Mais on répond à cette objection en disant que l'article 1097 pose une règle de forme, et que les règles de forme ordinaires des donations ne

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, n° 1323, p. 189.

2. Cass., 24 janvier 1894. *Gaz. des Tribun.*, n° du 27 janvier 1894.

3. Labbé, note sur l'arrêt du 19 février 1864, *Journal du Palais*, 1865, p. 85. Lyon-Caen, Sirey, 1877, II, 33.

sont pas applicables aux donations qui forment l'accessoire d'un contrat à titre onéreux comme est la clause de réversibilité. Les articles 931 et 1097 ne sont pas applicables ici grâce à l'article 1973 : on sait que ce texte dispense la constitution de rente viagère, même quand elle a le caractère d'une libéralité, des formes prescrites pour les donations, quand elle est l'accessoire d'un contrat à titre onéreux.

Dans ce sens se prononce M. Lyon-Caen, en disant que la clause de réversibilité n'est qu'une stipulation pour autrui accessoire au contrat principal : la constitution de rente viagère (1). Ce système ingénieux, qui atteint pleinement le but à l'aide de cette donation sous-entendue, n'est pas suivie dans la pratique, dit M. Planiol, mais il dépendrait des parties de l'adopter expressément dans la rédaction de leur convention en déclarant se donner mutuellement la moitié de la rente (2).

Suivant MM. Aubry et Rau, malgré la stipulation, la rente constitue un conquêt de communauté, parce qu'il ne peut pas dépendre des époux de créer des propres au profit de l'un d'eux (3). Mais ce système n'est plus défendu.

C) *Assurance sur la vie*.— La question est presque la même que la précédente, c'est-à-dire l'époux qui

---

1. Lyon-Caen, sous Douai, 31 janvier 1876. S. 77-2-33.

2. Planiol, *op. cit.*, III, n° 1323, p. 190.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, V. §, 507, texte et note 9.

est assuré sur la vie est créancier d'un capital promis par la compagnie d'assurances. Cette créance, qui est mobilière figure dans la communauté ; mais l'assuré peut stipuler que le capital promis sera payé à son conjoint survivant et lui appartiendra en totalité (1). Quel est le sort de cette clause ? Cette clause est valable comme contenant une stipulation pour autrui faite à titre de donation conformément à l'article 1121 et elle est dispensée des formes des donations, par application du principe formulé dans l'article 1973 (2). La jurisprudence admet donc ici le raisonnement qu'elle omet d'appliquer à la réversibilité des rentes viagères. Comme le fait remarquer M. Planiol, cela tient sans doute à ce que la question s'est présentée trop tôt pour les rentes viagères réversibles, et que M. Labbé, qui est le principal auteur de la théorie, n'avait pas encore écrit ses notes du Sirey (3).

Certains auteurs ont objecté que ce système apporte une atteinte directe au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. A cette objection, c'est M. Thaller dans une note du Dalloz, qui répond, en disant que le droit de créance pour le bénéficiaire de l'assurance ne prend pas naissance pendant le mariage, mais seulement à une époque où il n'y a

---

1. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1324, p. 190.

2. Cass., 28 mars 1877. D. 77.1.241. S. 77.1.393, note de M. Labbé. Cass., 2 mars 1881, D. 81.1.401. S. 81.1.145, note de M. Labbé.

3. Planiol, *op. cit.*, III, n° 1324.

plus de communauté, c'est-à-dire au décès du stipulant (1). Cette opinion a été suivie de plusieurs décisions judiciaires. Le raisonnement de M. Thaller a le mérite, comme disent M. Courtois et Surville, de ne froisser aucun des principes fondamentaux du régime de communauté, et d'atteindre le but que l'on s'est proposé dans le contrat d'assurance sur la vie entre époux communs (2).

II. — *Les époux ne peuvent déclarer commun un bien qui, d'après le contrat de mariage, est ou doit être propre.* — Ainsi les époux qui sont sous le régime de la communauté légale ne pourraient déclarer communs : a) L'immeuble que l'un d'eux possédait au jour de la célébration du mariage ou qu'il lui advient pendant le mariage, en vertu d'une cause préexistante à la célébration (art. 1401, al. 3, et 1404, al. 1) ; b) L'immeuble acquis pendant le mariage, à titre gratuit, comme donation ou succession (1404, al. 1 et 1405) ; c) L'immeuble cédé par son père, sa mère ou un autre ascendant pour le remplir de ce qu'il lui doit ou à la charge de payer les dettes du donateur à un étranger (1406) ; d) Les produits d'un bien propre qui n'ont pas le caractère de fruits (1403, al. 1) ; e) La portion d'un immeuble acquis par licitation ou à l'amiable par l'époux déjà propriétaire d'une portion indivise dans cet immeuble (1408) ; f) L'immeuble acquis en échange d'un pro-

---

1. Dalloz, 88.2.1.

2. Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I. 283.

pre, soit mobilier, soit immobilier (1407). Laurent dit que cette règle fait partie des conventions matrimoniales et on ne peut pas l'écarter sous le régime de la communauté légale (1). La jurisprudence suivie par beaucoup d'auteurs se prononce en sens contraire (2). Ils donnent comme motifs que cette règle est fondée sur l'interprétation de la volonté des époux ; donc il pourra être stipulé dans l'acte d'échange que l'immeuble acquis entrera en communauté.

Mais on peut répondre que toutes les règles de la communauté légale sont fondées sur la volonté présumée des époux, et pourtant il est impossible d'y déroger. On ajoute qu'il faut distinguer sous le régime légal entre prescriptions impératives et prescriptions fondées sur la volonté des époux ; les secondes, parmi lesquelles on range celles de l'article 1407, peuvent être écartées. Mais la loi ne fait pas cette distinction ; elle est arbitraire et dangereuse.

Un autre argument est celui-ci : Rien n'empêchera les époux de vendre le propre au lieu de l'échanger et d'en acheter un autre. Pour l'acquisition de cet autre bien, ils sont libres de faire ou de ne pas faire la déclaration de remploi et l'immeuble sera propre ou commun. Donc pouvant écarter l'effet du remploi

---

1. Laurent, XXI, n° 87.

2. De Loynes sur Tessier, n° 44, p. 87, note 1. Guillouard. *Contrat de mariage*, I, 231. Aubry et Rau, *op. cit.*, V° § 503 bis texte et note 23. — Troplong, I, n° 639. Cass., 31 juillet 1832, Sirey, 1832. 1. 505. — Req., 9 août 1870. Sirey, 1870. 1. 409.

ils peuvent écarter aussi l'article 1407 qui en fait l'office.

Mais l'échange n'est pas une vente et la loi l'a traité différemment. Si les époux veulent faire un propre avec un acquêt, ils n'ont qu'à prendre la forme de la vente, les tiers seront assurés par les formalités du Code ; si l'opération est un échange ils sont au contraire autorisés à se fier à l'article 1407, à considérer le bien changé comme un propre ; les époux peuvent user de fraude envers eux (créanciers). C'est un grand inconvénient qui a eu pour but d'écarter le principe de l'immutabilité.

III. — *On ne peut mettre à la charge de la communauté une dette qui doit être à la charge des époux, c'est-à-dire faire une dette commune d'une dette propre.* Ainsi ils ne peuvent mettre à la charge de la communauté :

a) Les rares dettes immobilières dont ils étaient grevés avant la célébration du mariage (1409 al. 1) ;

b) Les dettes des successions et donations purement immobilières échues pendant le mariage (1412, 1413) ;

c) Les dettes des successions et donations partie mobilières partie immobilières, au delà de la portion contributoire du mobilier dans ces dettes (1414).

De même ils ne peuvent stipuler qu'aucune récompense ne sera due à la communauté :

a) Pour les dettes personnelles acquittées avec des deniers communs ;

b) Pour les impenses relatives à la conservation ou à l'amélioration des propres (1437), etc.

IV. — *On ne peut mettre à la charge des époux une dette qui doit être à la charge de la communauté, c'est-à-dire faire une dette propre d'une dette commune.* Ces dettes sont :

a) Les dettes mobilières dont ils étaient grevés au moment du mariage (1409-1°) ;

b) Les dettes des successions et donations mobilières qui leur sont échues pendant le mariage (1411) ;

c) Les dettes des successions et donations partie mobilières partie immobilières, au delà de la portion contributoire de la partie immobilière dans les dettes ;

d) Les dettes contractées par la communauté, dans son intérêt, etc. Donc les époux ne pourront décider qu'aucune récompense ne sera due à l'un d'eux par la communauté dans les cas où cette récompense sera due par exemple : Pour les biens propres donnés en paiement d'une dette de la communauté ; pour les coupes non réglées faites dans une forêt qui est propre à l'un d'eux ; de même pour les produits d'une carrière ouverte pendant le mariage dans un bien propre ; pour le prix des immeubles propres aliénés sans emploi pendant le mariage. Ces conventions ne sont que des remises de dettes.

2. — *Régime de communauté conventionnelle.* — Jusqu'ici nous avons supposé que les époux n'ont pas fait de contrat de mariage et que, par conséquent, leur régime était réglé par la loi. En cas de commu-

nauté légale modifiée par un contrat de mariage, on peut appliquer les mêmes principes que nous avons exposés plus haut ; les règles nouvelles introduites par les époux ne pourront pas davantage être modifiées. Elles peuvent varier aussi à l'infini d'après la volonté des époux. Nous allons traiter les plus fréquentes. En établissant la première règle sous le régime de la communauté légale (p. 55, règle I) nous avons donné comme première conséquence de cette règle : que les époux ne pourront rendre propre le mobilier total ou partiel apporté par l'un d'eux en mariage (p. 55, règle I, *a.*). Prenons un exemple des plus fréquents : Une femme mariée fait mettre à son nom, au cours du mariage, des actions ou des obligations d'une société de commerce ; elle change les titres au porteur en titres nominatifs. Ces titres sont-ils propres ou communs ?

Sous la communauté légale ces titres tomberont en communauté sauf deux exceptions : s'ils ont été donnés par un tiers à la condition de ne pas les faire tomber en communauté, ou s'il est constaté par un acte authentique qu'ils ont été acquis en remploi du prix d'un bien propre.

Mais si la femme est mariée sous la communauté réduite aux acquêts, ou sous le régime dotal avec société d'acquêts quelle est la solution ? Ils doivent tomber en communauté ou dans la société d'acquêts, sauf si la femme prouve qu'elle les a eus en sa possession sous la forme au porteur, d'une succession ou

d'une donation, ou qu'ils sont l'emploi d'un propre.

La solution contraire apporterait une atteinte directe au principe établi dans l'article 1395. Mais on objecte que les Compagnies ou Sociétés exigent la signature du mari pour immatriculer des titres au nom de sa femme et par conséquent le mari reconnaît le caractère de propres des valeurs inscrites au nom de sa femme. Mais un jugement du Tribunal de la Seine du 30 mars 1899, a repoussé cette manière de voir en confirmant la doctrine qui consiste à dénier au mari le droit de constituer des propres à sa femme au cours du mariage, au moyen de la simple signature d'un bordereau de conversion. La même solution, si la convention par laquelle on reconnaît le caractère de propres, avait été faite par la femme avec des tiers (1).

Une autre clause usuelle qui modifie la communauté légale est la clause d'emploi ou de remploi. En général, les biens des époux sont aliénables ; le prix d'aliénation tombe le plus souvent entre les mains du mari qui peut le dissiper ; les intérêts de la femme étant en danger, on a trouvé prudent d'insérer dans le contrat de mariage que les propres ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi, ou que les deniers apportés par la femme devraient être employés en acquisitions déterminées. Cette clause constitue une convention matrimoniale à laquelle on

---

1. Cass., 22 février 1893. S. 94. I. 65.

ne peut pas déroger (1). Mais cette question a été déjà traitée à l'occasion de la communauté légale (p. 65).

3. — Il y a peu de choses à dire sur les régimes excluant toute idée de masse commune, parce que sous tous ces régimes les biens de la femme ne se confondent jamais avec ceux du mari ; n'ayant pas de masse commune nous n'avons à examiner que quelques modifications qui pourraient être apportées au régime dotal. Sous ce régime conformément aux articles 1541 et 1547 les biens de la femme se divisent en deux catégories : Dotaux et paraphernaux.

La question à examiner est celle-ci : Les biens dotaux peuvent-ils être transformés en paraphernaux et inversement ; en d'autres termes il faut voir si la dot peut être susceptible d'augmentation ou de diminution au cours du mariage. On trouve sur ce point des règles spéciales qu'on ne pourra écarter. Par exemple :

1) *La dot ne peut être augmentée pendant le mariage.* — Par l'article 1543 la loi a voulu protéger les tiers d'une façon certaine en défendant dans des termes très généraux de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage. Donc toute convention qui attribuera le caractère de dotalité à des biens auxquels le contrat de mariage ne l'avait pas donné, n'a aucun effet. Cette interdiction s'applique très

---

1. Limoges, 11 décembre 1863. Sirey, 1865, II, 77. — Cass., 9 avril 1870. Dall. 1871, II, 113. — Guillouard, *op. cit.*, I, n° 232. — *Contra.* Lyon, 11 juillet 1857. S. 1858, II, 6.

rigoureusement aux époux et aux tiers, même aux tiers donateurs. Faut-il distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière ? La loi ne fait pas une telle distinction. Mais, dira-t-on, la dot mobilière est aliénable, donc l'article 1543 n'est pas applicable à celle-ci. Mais, d'un côté, on discute très vivement si la dot mobilière n'est pas inaliénable ; et d'un autre, il se peut que les immeubles dotaux aient été déclarés aliénés et prescriptibles. On peut soutenir alors que l'article 1543 n'ayant plus raison d'être devra être écarté ? Assurément non. Ainsi la dot, aliénable ou inaliénable, mobilière ou immobilière, ne peut être augmentée pendant le mariage.

On ne peut appliquer cette règle aux accroissements naturels qui sont la conséquence d'une accession ou d'une alluvion (1), dans ce cas il n'y a pas d'acquisitions nouvelles, mais simplement un développement normal de la propriété. Par conséquent, tandis qu'en droit romain et dans la jurisprudence des pays de droit écrit, la dot pouvait, non seulement être augmentée, mais même être constituée pendant le mariage. L'article 1543 défend, à partir du mariage, non seulement de la constituer mais même de l'augmenter. Article 1543 : *La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage.*

Nous avons dit plus haut que cette règle s'adresse non seulement aux *époux* mais même aux *tiers*. Question qui toutefois est controversée. Suivant un

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, p. 456.

système, cette disposition de l'article 1543, n'est qu'une application de la prohibition générale, édictée par l'article 1395 et s'adressant seulement aux époux eux-mêmes, de modifier les conventions matrimoniales (1). D'après ce système cette prohibition ne fera point obstacle à ce que la femme, dont le contrat porte que les biens à venir seront paraphernaux, puisse valablement accepter une donation à elle faite au cours du mariage sous la condition que les biens donnés seront dotaux, et à ce que cette condition puisse produire effet (2).

Une décision de la Chambre des requêtes a décidé que : bien que la constitution de dot doive être faite avant le mariage, elle est valable lorsqu'elle a lieu pendant le mariage, si elle est l'exécution d'une promesse verbale faite antérieurement au mariage (3).

Une seconde opinion plus généralement suivie dit que, cette prohibition édictée par l'article 1543, a une portée plus grande que la règle de l'article 1395 du Code civil ; elle ne s'adresse pas seulement, comme cette dernière règle, aux époux, mais s'impose également aux tiers qui font des libéralités aux époux pendant le mariage (4). Donc si la femme ne s'est

1. Mourlon. *Répétitions écrites*, t. III, n° 348 et ss.

2. Mourlon, *op. cit.* et *loc. cit.*

3. Req., 24 juin 1813. J. G. *Contrat de mariage*, n° 3211.

4. J. G. *Contr. de mariage*, n° 1156. — D. P. 91, 2. 359, note 1-2. En ce sens : Troplong. *Commentaire du titre de contr. de mariage*, t. 4, n° 30 58 — Marcadé, t. 6 sur l'art. 1543 n° 2 ; — Rodière et Pont, *op. cit.*, t. III, n° 1678, 2<sup>e</sup> édition ; — Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édit., § 534, t. V. — Guillouard, t. 4, n° 1731. — Laurent, t. 23, n° 467. — Huc, t. 9, n° 427. — Baudry-Lacanti-

constitué en dot que ses biens présents, un tiers, en faisant à cette femme une donation ou un legs au cours du mariage, ne peut valablement stipuler que les biens donnés ou légués seront dotaux : une telle condition laisse, il est vrai, subsister la libéralité, mais doit, conformément à l'article 900 du Code civil être réputée non écrite, et les biens ainsi donnés ou légués sont paraphernaux. Et si la clause de dotalité qui accompagne une donation a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité, alors ce sera la donation elle-même qui sera nulle et pas seulement la clause de dotalité (1).

Suivant un troisième système, l'article 1543 s'oppose à ce qu'une clause d'une donation ou d'un legs faits à une femme pendant le mariage puisse attribuer le caractère dotal, en contradiction avec les stipulations du contrat du mariage, aux biens donnés ou légués ; mais on estime que la clause doit être interprétée et recevoir exécution, en ce sens que les biens donnés ou légués seront soumis à la jouissance et à l'administration du mari comme s'il s'agissait de biens dotaux, mais qu'ils seront aliénables comme les paraphernaux (2).

Telles sont les opinions sur ce point. Passons plus

---

nerie, Le Courtois et Surville, t. 3, n° 1574. — Demante et Colmet de Santerre, 2<sup>e</sup> édit., t. 6, n° 213 *bis*.

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. 3, n° 1574, p. 191.

2. Planiol. *Traité élém. de dr. civil*, 2<sup>e</sup> édit., t. 3, n° 1500. — Seriziat, *Traité du régime dotal*, n° 25.

loin et examinons quel est le sort de ces différentes clauses.

S'il n'y a que le contrat de mariage qui puisse faire une dot, rien cependant ne s'oppose à ce qu'un donateur ou testateur attribue à l'objet par lui donné ou légué quelque une des qualités des biens dotaux (1). Ainsi le donateur (ou testateur) peut faire un don (ou un legs) à la femme, en attribuant au mari l'administration et l'usufruit de la chose donnée (ou léguée) (2).

De même, si l'on admet, en principe, la validité des clauses d'inaliénabilité temporaire accompagnant un don ou un legs, le donateur ou le testateur peut, en donnant ou léguant la nue-propriété à la femme et l'usufruit au mari, valablement défendre à la femme d'aliéner sa nue propriété tant que durera l'usufruit du mari (3).

Les constructions élevées et les améliorations faites sur l'immeuble dotal, devenant parties constituantes de cet immeuble, ne forment pas un bien paraphernal ; et on considérerait à tort ces améliorations comme une augmentation de dot prohibée pendant

---

1. Marcadé, *op. et loc. cit.* — Rodière et Pont, *op. cit.*, t. 3, n° 1678.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, texte et note 14. — Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. 6, n° 213 bis. — Guillouard, t. 4, n° 1732. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. 3, n° 1574, p. 189, texte et note 5.

3. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. et loc. cit.* — Duranton, t. 15, n° 360.

le mariage conformément à l'article 1543 (1). Ainsi les tiers qui ont fait des constructions ou prêté les sommes nécessaires pour faire des constructions sur l'immeuble dotal, ne peuvent réclamer le privilège établi par l'article 2103, paragraphes 4 et 5 du Code civil (2).

Mais que faut-il décider si les constructions ou améliorations ont été faites au moyen de sommes paraphernales ou de deniers appartenant au mari?

Trois systèmes ont été proposés : Suivant le premier système la plus-value acquise par le fonds en pareil cas ne serait pas dotale et les créanciers, soit de la femme, soit du mari, auraient le droit de faire détacher du fonds tout ce qui pourrait en être enlevé, afin de le faire vendre séparément à leur profit, c'est-à-dire qu'ils ont le *jus tollendi* (3).

Suivant un second système, l'immeuble tout entier, y compris l'accroissement résultant des travaux, serait, il est vrai, dotal ; mais la dot ainsi enrichie serait assujettie à une action *de in rem verso*. Cette action, qui dans des hypothèses semblables, serait

---

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 5, § 534 et note 15. — Troplong, *op. cit.* et *loc. cit.* — Marcadé, *op.* et *loc. cit.* — Guillouard, *op.* et *loc. cit.* — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1501. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.* et *loc. cit.* Civ. cas. 29 avril 1860 et sur renvoi. Rouen, 2 mai 1861. J. G. S. *Contrat de mariage*. 1154. Paris, 11 avril 1850. D. P. 52.2.135.

2. Toulouse, 26 février 1855, D. P. 56.2.273.

3. Rodière et Pont, *op. cit.*, t. 3, n° 1683. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. 3, n° 1576, note 4.

ouverte contre le mineur ou interdit, doit, dit-on, l'être également contre la femme dotale, qui pas plus que tout autre, ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui (1). En conséquence, les créanciers du mari peuvent faire saisir sur le prix de l'immeuble dotal la portion qui représente la plus-value pour les sommes qu'ils justifient avoir été employées par le mari, leur débiteur, pour l'amélioration du fonds dotal. Suivant le troisième système la dotalité, avec ses conséquences, l'inaliénabilité et l'insaisissabilité, atteint rigoureusement les constructions faites sur le fonds dotal, pendant le mariage, même avec des sommes paraphernales ou appartenant au mari (2).

Si c'est le mari qui a payé, il aura seulement droit à récompense pour les avances qu'il a faites. Il n'acquiert pas un droit de copropriété sur cet immeuble, mais seulement une créance chirographaire contre sa femme jusqu'à concurrence de la plus-value, dont l'immeuble s'est accru. Cette créance a le caractère d'une récompense, dont la femme peut être tenue envers son mari, considéré comme son mandataire pour l'administration de sa dot, mais qui ne doit se régler qu'à la cessation de cette administration, au moment de la liquidation des reprises, lors de la dis-

---

1. Bertauld. *Questions pratiques et doctrinales*, t. I, n° 636 et ss. — De Loynes. *Femme mariée sous le régime dotal*, n° 21. *Revue critique de législ. et de jurispr.*, t. II, 1882, p. 573. Dissertation de M. Labbé *in fine* sous Req. 29 novembre 1885 ; Rec. Sirey 1886, I.5, note 1-2.

2. Troplong, *op. et loc. cit.* — Guillouard, t. 4. n 1734. — Huc, t. 9, n° 428. — Planiol, *op. cit.*, t. 3, n° 1501. — Bellot des Minières, *op. cit.*, t. I, n°s 240 et ss.

solution du mariage ou lors de la séparation de biens. Il y a lieu d'assimiler aux constructions élevées sur le fonds dotal, les autres améliorations, qui ne sont pas des constructions, telles, notamment, que défrichement de bois, dessèchement de marais, etc. (1).

La constitution d'une hypothèque, d'un cautionnement, gage quelconque, au cours du mariage, pour assurer le paiement de la dot promise et encore due, n'a pas le caractère d'une augmentation de la dot, prohibée par l'article 1543 (2).

De même la règle de l'article 1543 ne s'oppose pas à ce que l'on puisse comprendre dans la dot l'usufruit qui vient se réunir pendant le mariage à la nue propriété d'un fonds que la femme possédait et s'était constitué en dot. Toutefois il cesserait d'en être ainsi si l'usufruit avait pris fin par la renonciation de l'usufruitier à son droit et si cette renonciation pouvait être considérée comme un moyen indirect d'augmenter la dot. De même, lorsque la dot a consisté seulement dans l'usufruit d'un immeuble, la nue propriété de cet immeuble qui vient à échoir à la femme pendant le mariage n'est pas dotale, à moins que les biens à venir n'aient été compris dans la constitution de dot (3).

---

1. Guillouard, *op. cit.*, t. 4, n° 1739 *in fine*. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. 3, n° 1576.

2. Bellot de Minières, *op. cit.*, n° 257.

3. J.G. *Cont. de mariage*, n°s 3.215-3.216, et Aubry et Rau, *op. cit.*, V, §, 534. — Marcadé, *op. et loc. cit.* — Rodière et Pont, *loc cit.* — Huc, *op. cit.*, n° 427, t. IX. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, n° 1575.

*Lorsque la femme mariée sous le régime dotal, avec constitution en dot de tous ses biens présents, était au moment du mariage, propriétaire indivise d'un immeuble, acquis depuis par elle pour le tout par suite de partage ou de licitation au cours de mariage, dans quelle proportion cet immeuble est-il dotal ?*

La question est à envisager dans deux cas distincts : 1<sup>o</sup> le cas où les droits indivis de la femme portaient sur une universalité de biens, de laquelle dépendait l'immeuble licité ou tombé dans le lot de la femme ; 2<sup>o</sup> Le cas où les droits indivis de la femme portaient sur un immeuble déterminé, l'immeuble licité, et qui lui a été adjugé.

Dans le premier cas, on admet sans difficulté que, sous une constitution en dot de tous biens présents, cet immeuble est dotal pour le tout, alors du moins que les consorts de la femme sont remplis de leurs droits en valeurs provenant de la masse commune (1). Ainsi plusieurs décisions dans ce sens que l'immeuble échu par succession, pour une portion indivise à une femme mariée sous le régime dotal avec constitution en dot de ses biens à venir, est dotal pour le tout, lorsqu'il a été adjugé sur licitation à celle-ci qui est réputée l'avoir recueilli en totalité dans la

---

1. J. G. *Cont. de mariage*, n<sup>o</sup> 3.229. En ce sens, Duranton, t. XV, n<sup>o</sup> 361. — Marcadé, t. VI, sur l'article 1558, n<sup>o</sup> 5 ; — Troplong, *op. cit.*, t. IV, n<sup>o</sup> 3051 et s. ; — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, texte et note 44 ; — Rodière et Pont, *op. cit.*, t. III, n<sup>o</sup> 1663 ; — Guillouard, *op. cit.*, t. IV, n<sup>o</sup> 1760.

succession, en vertu de la fiction de l'article 883 du Code civil (1). Cet immeuble a le caractère dotal, encore qu'il s'agisse d'un bien dont le défunt n'avait lui-même qu'une propriété indivise avec un tiers, et par exemple avec son conjoint.

Mais l'application de ces solutions donne lieu à des controverses lorsque la licitation ou le partage, qui a rendu la femme, pendant le mariage, propriétaire de l'immeuble indivis, *a eu lieu moyennant une soulte* que celle-ci doit payer à ces consorts avec des deniers paraphernaux.

Suivant une première opinion, l'immeuble adjudgé sur licitation ou attribué dans son lot à la femme, ne devient dotal que sous la déduction d'une partie correspondante à la soulte payée par la femme avec ses deniers paraphernaux (2).

Suivant une autre opinion, au contraire, l'immeuble est dotal pour le tout, sans déduction, aussi bien lorsque la femme a payé une soulte avec ses deniers paraphernaux, qu'au cas où ses copartageants ont été remplis de leurs droits avec des valeurs dépendant de l'universalité indivise (3). Ainsi il a été jugé dans ce dernier sens, que lorsqu'une femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts se cons-

---

1. Riom, 20 mai 1839, J. G. *Contr. de mariage*, nos 3.239-859. — Req., 21 mars 1860, D. P. 60.1.297.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, texte et note 44. — Ro lière et Pont, *op. cit.*, t. 3, n° 1663. — Dépinay, *op. cit.*, p. 161-162.

3. Guillouard, *op. cit.*, 3<sup>e</sup> édit., t. 4, n° 1761.

titue, dans son contrat de mariage, tous les biens qui lui sont échus ou qui lui écherront du chef de son père ou sa mère, l'immeuble acquis par elle sur licitation dans la succession de ces derniers est dotal pour le tout, alors même que le prix excède ses attributions héréditaires, et que l'excédent doit être payé de ses deniers paraphernaux ; qu'il n'est point paraphernal à concurrence de cet excédent (1).

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'indivision, à laquelle a pris fin l'adjudication sur licitation, prononcée au profit de la femme, pendant le mariage, portait sur un immeuble déterminé, nous avons aussi deux systèmes :

Suivant un premier système, l'immeuble ainsi adjugé pour le tout à la femme, ne serait atteint par la constitution en dot des biens présents et même des biens à venir, que dans la proportion que la femme y avait avant la licitation, et demeurerait paraphernal pour le surplus (2).

Au contraire, suivant le second système, visant la même hypothèse, et qui d'ailleurs paraît plus généralement suivie, c'est en pareil cas, la totalité de l'immeuble licité, et non pas seulement la part dont la femme était copropriétaire durant l'indivision, qui

---

1. Grenoble, 15 janvier 1897, *Journal de la Cour de Grenoble*, 1897, p. 231.

2. J. G. S. *Contr. de mariage*, 1167. — Marcadé, *op. cit.* et *loc. cit.* — Aubry et Rau, V. § 534, texte et note 42. — Rodière et Pont, *op. cit.*, t. 3, n. 1663.

est frappée de dotalité (1). D'ailleurs la part primitive de la femme dans l'immeuble indivis est seule dotale, aussi bien lorsque l'indivision portait sur une universalité de biens que lorsqu'elle portait sur un immeuble déterminé, si l'acte par lequel la femme a acquis pendant le mariage la part d'un seul de ses cohéritiers dans l'immeuble indivis, n'a pas fait cesser l'indivision, de telle sorte qu'il n'y a pas eu véritablement licitation, permettant d'invoquer dans l'intérêt de la dotalité l'effet déclaratif que l'article 883 attache au partage (2). Il a été jugé en ce sens : Si l'acquisition par la femme dotale n'a pour objet que l'une des portions indivises dont elle est copropriétaire et laisse subsister l'indivision quant aux autres, la portion ainsi acquise avant la cessation de l'indivision n'a un caractère définitif que par l'effet du partage ou de la licitation (3). De même dans le cas où par suite de la licitation, la portion indivise cédée à la femme est délivrée en une somme d'argent, la cession est réputée n'avoir eu pour objet qu'une valeur mobilière qui n'est pas assujettie au remploi stipulé pour le prix de vente des immeubles.

---

1. J. G. *Contr. de mariage*, 3239. — J. G. S. *eod.* v. 1167. — Duranton, t. 15, n° 361. — Troplong, *op. cit.* t. 4, n°s 3051 et 3052. — Guillouard, *op. cit.*, t. 4, n° 1760. — Serriziat, *op. cit.*, n° 70 — Dépinay, *op. cit.*, p. 161.

2. J. G. S. *Contrat de mariage*, 1167, *in fine*. — Guillouard, *op. cit.*, t. 4, n° 1760, *in fine*. — Dépinay, *op. cit.*, p. 161.

3. Req. 10 juill. 1850. D. P. 51. 1. 26. En ce sens Guillouard, *loc. cit.*

Prenons maintenant un autre cas. Supposons que la femme, au lieu de s'être constitué en dot ses biens présents et à venir, étant copropriétaire d'un immeuble indivis, ne s'est constitué en dot taxativement que la part indivise qu'elle a dans cet immeuble ; dans ce cas l'acquisition qu'elle fait de la totalité de cette immeuble sur licitation au cours du mariage ne le rend pas dotal pour le tout ; *il est dotal pour la part constituée en dot, paraphernal pour le surplus* (1). Ainsi il a été jugé que lorsque la moitié d'un immeuble a été constituée en dot à une femme et que l'autre moitié lui a été attribuée par licitation, l'immeuble est dotal pour moitié, paraphernal pour moitié (2).

Dans le même cas, où la femme s'est constituée en dot seulement sa part indivise dans un immeuble, lorsque l'immeuble entier échoit à un copartageant, où est adjugé à un tiers, la dot de la femme se compose alors de ce qui lui revient du prix de l'immeuble pour cette part (3). Les solutions que nous avons indiquées ci-dessus sont applicables lorsque l'immeuble indivis est adjugé au mari et qu'il l'a acheté pour sa femme. Mais si le mari l'a acheté pour lui et en

---

1. J. G. *Contr. de mariage*, n° 3239, 3691. — Duranton, *loc. cit.* — Marcadé, *loc. cit.*. — Rodière et Pont, *loc. cit.*. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 41. — Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 275. — Guillouard, *loc. cit.*

2. Limoges, 22 juill. 1835, J. G. *Contr. de mariage* 3239-1.

3. J. G. *Contr. de mariage*, 3240. — Aubry et Rau, t. 5, § 534, texte et note 37. — Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 283. — Guillouard, t. 4, n° 1759.

son propre nom, la femme a la faculté d'option consacrée par l'article 1408-2° du Code civil.

2) *La dot ne peut être diminuée pendant le mariage.*  
— On doit remarquer que l'article 1543 défend seulement d'augmenter la dot, parce qu'on veut seulement éviter l'accroissement des biens inaliénables ; il ne défend pas de la diminuer. Cela ne veut pas dire que les époux soient libres de diminuer à leur gré l'étendue de la constitution dotale. Les époux, après le mariage, ne peuvent pas plus, par une convention faite entre eux, *diminuer* la dot qu'ils ne peuvent l'augmenter : à défaut de l'article 1543 qui défend seulement d'*augmenter* la dot, ils restent toujours liés et empêchés de la diminuer par l'article 1395 du Code civil qui leur défend de rien changer à leur contrat de mariage (1).

La défense de diminuer la dot s'impose-t-elle aux tiers qui font des libéralités entre vifs ou testamentaires à la femme pendant le mariage ? La question est controversée et nous tâcherons de l'analyser.

Suivant un premier système, un tiers donateur ou testateur, disposant en faveur de la femme durant le mariage, ne pourrait jamais imposer à sa libéralité, par dérogation aux conventions matrimoniales d'après lesquelles l'objet donné ou légué devait être dotal, la condition que cet objet sera paraphernal : cette condition sera illicite et, par application

---

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 534. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. 3, 1577. — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1502.

de l'article 900 du Code civil devrait être réputée non écrite (1). Dans le sens de ce système, il a été jugé que la constitution générale en dot de tous les biens présents et à venir de la femme a cet effet que la dotalité est imprimée d'avance aux biens à venir comme aux biens présents, tellement que la dotalité et l'inaliénabilité existent même à l'égard des biens donnés à la femme sous la condition expresse de paraphernalité et d'aliénabilité, cette condition devant être réputée non écrite comme contraire à l'ordre public (2).

Suivant un second système, au contraire, l'article 1543 ne défend aux tiers que d'augmenter la dot sans leur défendre en même temps de la diminuer pendant le mariage ; rien ne s'oppose donc, en principe, à ce que celui qui fait une donation ou un legs à une femme qui s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, impose à l'objet de sa libéralité, contrairement aux termes généraux de la constitution de dot, le caractère de la paraphernalité (3).

---

1. J. G. *Contr. de mariage*, 3231, in fine et 3233. En ce sens Odier, *op. cit.*, t. 3, n° 1102. — Rodière et Pont, *op. cit.*, t. 3, n° 1679. — Jointon, *op. cit.*, t. 1, n° 105.

2. Nîmes, 18 janv. 1830. J. G. *Contr. de mariage*, 3233. 359.

3. J. G. *Contr. de mariage*, 2231 et suiv. J. G. S. *eod.* v. 1158. En ce sens : Tessier, *op. cit.*, t. I, p. 48, lettre c. note 73. — Duranton, t. 15, n° 490. — Troplong, *op. cit.*, t. 4, n° 3065. — Marcadé, *op. cit.*, n° 3. — Demolombe, t. 4, n° 171. — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 5, § 534, n° 119. — Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. 6, n° 213 bis. — Guillouard, *op. cit.*, t. 4, n° 1738, — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois

Cependant si la libéralité était faite par un ascendant de la femme, la condition de paraphernalité ne pouvait valoir que dans la limite de la quotité disponible (Voir les mêmes citations).

Conformément à ce second système, il a été jugé, que le caractère de dotalité attaché, par une clause expresse du contrat du mariage, aux biens présents et à venir de la femme, ne met pas obstacle à ce que le père de celle-ci lui lègue des biens équivalents à la portion disponible avec condition de paraphernalité, alors même qu'il aurait été partie au contrat de mariage de sa fille (1). Que cette condition imposée dans un legs fait à une femme, mariée sous le régime dotal, que les biens légués seront paraphernaux, et que la légataire en jouira comme tels, à l'exclusion du mari, est valable, quoique cette personne se soit constitué en dot tous ses biens présents et à venir, et que le contrat de mariage confère expressément au mari l'usufruit des mêmes biens (2).

Suivant un troisième système la condition de paraphernalité, imposée par le donateur, ou testateur, contrairement aux stipulations du contrat du mariage, devrait conserver son effet en ce sens que le mari ne

---

et Surville, t. 3, n° 1577. — Huc, t. 9, n° 429. — Planiol, *op. cit.*, t. 3, n° 1502. — Dépinay, *op. cit.*, p. 162 et suiv. — Eyquem, *op. cit.*, n° 210 et suiv.

1. Req., 16 mars 1846. D. P. 48. 1. 368.

2. Aix, 16 juill. 1846. D. P. 46. 2. 161. — Nîmes, 10 déc. 1856, D. P. 58. 2. 8.

jouirait pas davantage actuellement des biens, et les revenus seraient capitalisés pour former une somme qui ne serait payable à la femme qu'après que le mariage aurait été dissous (1).

3) *La dot ne peut être transformée pendant le mariage.* — Toute transformation de la dot pendant le mariage est en principe prohibée. Donc, pendant le mariage la dot ne peut pas davantage être transformée par la seule volonté des époux qui ne peuvent ni la modifier dans ses éléments essentiels, ni la dénaturer quant à la qualité des biens dont elle se compose. Les deux règles édictées par l'article 1553 concernant la nature dotale ou non dotale à savoir : 1<sup>o</sup> des biens acquis pendant le mariage avec des deniers dotaux ; 2<sup>o</sup> des biens donnés en paiement de la dot constituée en argent, ne sont que des applications du principe formulé précédemment (2).

Nous allons étudier ces deux cas séparément :

I. — *Biens acquis avec des deniers dotaux pendant le mariage.* — Il résulte de l'article 1553, § 1, qu'il y a lieu, pour l'application des règles de la dotalité aux acquisitions faites à titre onéreux pendant le mariage, par des époux mariés sous le régime dotal, de distinguer suivant que le contrat de mariage :  
a) ne contient aucune clause d'emploi des deniers

---

1. Seriziat, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 21.

2. Guillouard, *op. cit.*, t. IV, n<sup>os</sup> 1739 et 1740. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, n<sup>o</sup> 1578. — Rodière et Pont, *op. cit.*, t. III, n<sup>o</sup> 1681.

dotaux ; ou *b*) contient, au contraire, une stipulation de cette nature.

a) *Cas où le contrat de mariage ne stipule pas la condition de l'emploi des deniers dotaux.*

*Nature non dotale des acquisitions.* — Lorsque le contrat de mariage ne stipule pas expressément l'emploi des deniers dotaux, le mari peut employer ces deniers en acquisitions immobilières, mais les biens ainsi acquis par lui ne sont pas dotaux. Il en est ainsi, en l'absence, dans le contrat du mariage, d'une clause prescrivant l'emploi des deniers dotaux, alors même qu'il est stipulé, dans l'acte d'acquisition, que les biens acquis serviront d'emploi à ces deniers, et que la femme a déclaré accepter cet emploi (1). En ce sens il a été jugé que si le contrat de mariage, établissant le régime dotal avec société d'acquêts, ne dit pas qu'il soit fait emploi de la dot, l'immeuble acquis par le mari avec les deniers de sa femme doit être réputé acquêt de communauté, quoiqu'il soit déclaré, dans l'acte de vente, que l'acquisition est faite pour le remploi de la dot, et que cet emploi y est accepté par la femme. C'est ainsi que :

---

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, texte lettre c et note 25. — Troplong. Commentaire du titre. *Contrat de mariage*, t. IV, n° 3181 ; — Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 225 bis. — Huc, t. IX, n° 454. — Guillouard, t. IV, n° 1740. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, n° 1590, texte et note 2.

si, après la séparation de biens, la femme renonce à la communauté, l'immeuble devient la propriété exclusive du mari (1). Cependant la Cour de cassation décide, contrairement aux solutions indiquées, mais en matière d'enregistrement, que quoique le contrat n'ait pas prescrit le remploi, il suffit qu'un remploi ait été fait par le mari, sur l'intervention de la femme, qui a déclaré l'accepter, pour que le remploi doive être réputé opéré (2). La doctrine est divisée sur ce point; suivant une opinion, peu importe, pour l'application de cette règle de l'article 1553, § 1, suivant laquelle, à défaut d'une stipulation d'emploi dans le contrat de mariage, les biens acquis avec des deniers dotaux ne sont pas eux-mêmes dotaux, que la femme se soit, ou non, constitué en dot tous ses biens présents ou à venir; même dans l'hypothèse d'une constitution générale de dot, le bien acquis de deniers dotaux n'est pas dotal (3).

Suivant une autre opinion, au contraire, la règle de l'article 1553 édictant la non dotalité des biens acquis avec des deniers dotaux non soumis à l'emploi par le contrat de mariage, n'est pas applicable

---

1. Req. 23 avril 1883. J. G. *Contrat de mariage*, 3950; 2° Grenoble, 11 juillet 1857. D. P. 57. 2. 510. — Grenoble, 13 juillet 1862. J. G. *Contrat de mariage*, 1198-1°. Req. 26 juillet 1865. D. P. 65. 1. 467.

2. Civ. c. 4 août 1835. J. G. *Contrat de mariage*, 3951-2°. *Enregistr.*, 3484.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 534, texte et note 30. — Guillouard, t. IV, n° 1741.

au cas de constitution de dot, comprenant les biens à venir (1).

*Quel est le sort des biens abandonnés à la femme dotale, après la séparation de biens, en paiement de ses reprises mobilières, supposant une constitution comprenant les biens à venir, sans condition d'emploi ?*

Suivant un système, désigné quelquefois sous le nom de système *de la dot ou dotalité renfermée* (Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, n° 1851 et s.), si l'immeuble, acquis de deniers dotaux, sans condition de l'emploi dans le contrat de mariage, n'est pas dotal, il doit au moins être considéré comme la représentation et le gage de deniers dotaux employés à son acquisition (2). En pareil cas, c'est la valeur de l'immeuble, qui représente la dot jusqu'à concurrence de la somme dotale employée à l'acquisition, et en conséquence l'inaliénabilité frappe, non pas seulement lui-même, mais la valeur représentative de la dot. Par suite l'immeuble est saisissable, mais sauf le prélèvement de la dot mobilière employée à son acquisition. Pour que ce système soit applicable et qu'un paraphernal

---

1. Dissertation de M. Rodière. Rec. de Sirey, 1870. I. 185, note 1-3. — Odier, *op. cit.*, t. III, n° 1192.

2. J. G. S. *Contrat de mariage*, 1457. En ce sens Aubry et Rau, *op. cit.* V., § 534, note 29 et § 538, note 23. Dissertation de M. Labbé. Rec. de Sirey, 1893. I. 5, note 1-2. — Dissertation de M. Bartin, *D. P.*, 1901. I. 145. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *loc. cit.*

puisse être considéré en tout ou en partie, comme représentant la dot, il faut la réunion de trois circonstances : 1° une acquisition faite au cours du mariage *par la femme* ; 2° l'absorption de deniers dotaux, sous forme soit de prix d'achat, soit de compensation ou de confusion éteignant la créance dotale de la femme par cette acquisition ; 3° absence de toute obligation pour le mari de faire emploi de deniers dotaux (1).

Dans un autre système, au contraire, l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas plus la représentation de la dot dans sa valeur qu'il n'est dotal en lui-même ; par suite le prix en est disponible aussi bien que l'immeuble, et rien ne met obstacle à ce que la femme l'aliène ou l'affecte à ses engagements (2).

Dans le sens du premier système qui est celui de la jurisprudence, il a été jugé que l'immeuble acquis de deniers dotaux en l'absence de clauses d'emploi, n'étant pas dotal, n'est ni aliénable ni insaisissable, mais que la femme a le droit de reprendre sur le prix d'adjudication la somme employée à l'acquisition dont cet immeuble est le gage et la représenta-

---

1. Note de M. Planiol, *D. P.*, 96. I. 313, note 2-3.

2. Planiol, *op. cit.*, III, n° 1497. 1677 et s. Note de M. Planiol, *D. P.*, 96. I. 313., note 2-3. — En ce sens Troplong, *op. cit.*, t. IV., n° 3189 à 3192. — Guillouard, t. IV, n° 1742. — Huc, t. IX, n° 454 et s. — Planiol, *op. cit.* — Dissertation de M. Lyon-Caen. Rec. Sirey, 1901, I. 5, note 1-4.

tion (1). Il y a plusieurs décisions dans ce sens. Nous rejetons cette jurisprudence qui admet une dot à la fois aliénable et inaliénable ; l'immeuble acquis avec des deniers dotaux doit être aliénable et saisissable ; faire de cet immeuble la représentation de la dot, c'est dégager le mari de toute responsabilité ultérieure au sujet des deniers dotaux, c'est aussi permettre la restitution de la dot pendant le mariage.

La jurisprudence est encore imbuë de cette idée que la conservation de la dot domine toute autre considération ; certains arrêts du Midi ont été jusqu'à admettre que cette espèce de dotalité étendue aux paraphernaux devait être opposée aux tiers même quand elle restait occulte (2). C'était enlever aux tiers toute sécurité. La Cour de cassation a pris plus de souci de l'intérêt public et par des décisions de 1891 et 1895 elle a établi que la dotalité cachée sous la paraphernalité ne peut pas être opposée aux tiers si le titre ne les en avertit pas : il faut que l'immeuble passe dans le patrimoine de la femme en qualité de bien substitué à la dot mobilière, sinon il est purement paraphernal (3). C'est un recul considérable, dit M. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1680 *in fine*, sur les décisions de la jurisprudence antérieure. Actuelle-

---

1. Civ. c., 21 nov. 1871, *D. P.*, 71. 1. 291 (motifs).

2. Bordeaux, 14 mai 1857. *D.* 57. 2. 211. *S.* 57. 2. 547.  
— Toulouse, 13 mars 1890. *D.* 90. 2. 343. — Toulouse, 27 juin 1892. *D.* 93. 2. 188.

3. Cass., 5 juin 1891. *D.* 92. 1. 13 ; Cass., 26 nov. 1895. *D.* 96. 1. 313 ; *S.* 96. 1. 73.

ment, la quasi-dotalité des paraphernaux représentant la dot mobilière est soumise à une condition de publicité analogue à celle qui régit le emploi des véritables biens dotaux : il faut que les tiers soient avertis, par des déclarations contenues dans l'acte, de l'origine des deniers et de l'affectation spéciale qui résulte pour le bien ainsi acquis, afin qu'ils puissent suivre la dot à travers ses transformations successives. M. Planiol ajoute qu'on peut dire que c'est un simili-emploi (1).

b). — *Cas où le contrat de mariage stipule la condition de l'emploi des deniers dotaux.*

La clause d'emploi, dont parle l'article 1553, est une restriction au droit qu'a le mari d'exiger ou de recevoir le remboursement des deniers dotaux. Par suite, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce que la condition d'emploi puisse être imposée ailleurs que dans le contrat de mariage lui-même, dans un acte postérieur. Tous ceux qui ont un intérêt à la constitution de la dot, la future épouse, les ascendants, ou les étrangers donateurs, ont qualité pour stipuler la condition d'emploi dans le contrat de mariage.

Lorsque le contrat de mariage contient une clause d'emploi l'immeuble est évidemment dotal. On dit souvent que la clause d'emploi est implicitement

---

1. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 1680, *in fine*.

contenue dans la constitution dotale de tous les biens présents et à venir, en disant que la femme n'a pas voulu de paraphernaux ; comme nous avons dit plus haut la clause d'emploi n'est qu'une stricte application du principe de l'immutabilité. Mais il nous semble que la condition d'emploi n'existe et ne produit ses effets que seulement s'il y a *clause expresse* à cet égard dans le contrat de mariage ; elle ne peut être supplée ou établie par voie d'induction.

II. — *Biens donnés en paiement de la dot constituée en argent.* — D'après l'article 1553 § 2 l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent suit le même sort, au point de vue de la dotalité, que l'immeuble acquis des deniers dotaux. De là il suit qu'en principe les biens cédés en paiement d'une dot promise en argent *ne sont pas dotaux*. Sur ce point presque tous les auteurs sont d'accord (1).

En général l'immeuble donné en paiement, dans ces conditions, devient la propriété du mari, qui devient, d'autre part, débiteur de la dot (2). Sauf dans le cas où la dation en paiement a été faite par un tiers constituant à la femme et acceptée par elle ; en ce cas l'immeuble donné en paiement devient la propriété de la femme à titre de paraphernal.

D'ailleurs la théorie de la *dot renfermée* est appli-

---

1. Aubry et Rau, *loc. cit.* — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, 3.1592. — Planiol, t. III, n° 1496. — Guillaud, *loco cit.*, etc.

2. Même citation.

cable dans les mêmes conditions et les mêmes conséquences, lorsqu'il s'agit des biens paraphernaux acquis à titre de dation en paiement de la dot constituée en argent (1).

Telles sont les observations principales qui devaient être passées en revue, en étudiant la composition des patrimoines sous les régimes de la communauté légale et conventionnelle et les autres régimes qui excluent l'idée d'une masse commune, spécialement le régime dotal. Nous allons étudier maintenant les changements relatifs à l'administration des biens et à leur liquidation.

#### *Changements relatifs à l'administration des biens.*

Les règles que la loi a établies sur l'administration des biens sous tous les régimes, font partie de l'organisation du régime ; elles sont donc censées avoir été acceptées comme lois de l'association par les époux et elles participent de l'immutabilité du pacte conjugal.

Sous le régime de la communauté, le mari a sous sa main trois catégories de biens : les biens communs, les biens de sa femme et ses biens propres.

Avant d'entrer dans l'examen de chaque catégorie il faut remarquer que les droits appartenant au mari

---

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 534, note 29. — Dissertation de M. Labbé. Rec. Sirey, 1893, 1-5, note 1-2.

comme chef de l'association conjugale sont d'ordre public et cela quel que soit le régime matrimonial adopté. En conséquence sont interdites toutes les stipulations du contrat du mariage qui tendraient à donner à la femme la prépondérance dans la société conjugale ou à la rendre indépendante de son mari quant aux biens (1). Les droits du mari relativement aux biens sont à considérer sous un triple rapport comme nous avons déjà dit plus haut : les biens du mari, les biens de la communauté, les biens de la femme. En outre, il faut distinguer l'administration et l'aliénation de ces trois classes de biens.

A) *Pouvoirs du mari sur ses propres biens.* — Le mari ne peut pas abandonner irrévocablement l'administration de ses propres biens à la femme, ni s'en interdire la disposition ni subordonner son droit au consentement de sa femme (2). Ainsi, il est nul l'acte notarié par lequel le mari, se reconnaissant incapable, fait cession de l'administration de ses propres biens à sa femme, de manière que cette cession soit l'équivalent d'une véritable interdiction judiciaire (3). De même la convention passée avec un

---

1. Req., 27 mars 1893. D. P. 93.1.311. En ce sens : Loaré, t. XIII, p. 167; Toullier, t. XII, nos 13, 307, 308. — Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 5 *bis*. — Aubry et Rau, t. V, p. 266, texte et note 3. — Guillouard, t. I, n° 115. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, n° 22.

2. Troplong. *Cont. de mariage*, t. I, n° 62. — Rodière et Pont, t. I, n° 65. — Guillouard, t. I, n° 116. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *loc. cit.*

3. Civ. c., 7 sept. 1808. J. G. *Contr. de mar.*, 98.

tiers par laquelle le mari s'interdit de gérer son propre commerce, en en remettant la gestion à sa femme qui devra l'exercer sous la surveillance dudit tiers, est nulle comme portant atteinte à l'autorité maritale (1). Mais le mari pourrait, sous le régime de la communauté, donner à sa femme un mandat *révocable* lui permettant d'administrer les biens propres de son mari, soit que les revenus doivent tomber dans la communauté, soit qu'il ait été stipulé dans le contrat que ces revenus appartiendraient à la femme dans une mesure plus ou moins large. Dans cette dernière hypothèse, le mari pourrait même donner à sa femme un mandat irrévocable pour toute la durée et dans la mesure du droit que lui confère le contrat (2).

Serait licite également la clause du contrat du mariage, qui attribuerait à la femme l'usufruit, en tout ou en partie, des biens du mari.

Une clause du contrat de mariage, dont le seul but est de restreindre les droits et l'autorité du mari et de rendre à peu près indisponible une partie de son patrimoine, est incompatible avec les prérogatives que la loi a réservées au mari et auxquelles il ne saurait valablement renoncer par contrat de mariage, tant dans son intérêt, que dans celui des tiers avec lesquels il sera appelé à contracter (3).

---

1. Civ. r., 4 juillet 1888 ; D. P. 89. 1. 357.

2. Orléans, 8 juin 1894 ; D. 96. 2. 334. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, n° 22.

3. Dissertation de M. Poncet. D. P. 87. 1. 49, note 1-3.

B) *Pouvoirs du mari sur les biens de la communauté.* — L'administration des biens de la communauté appartenant essentiellement au mari aux termes de l'article 1421, serait nulle toute clause qui tendrait à l'en priver, ou qui y ferait participer la femme en exigeant son consentement pour la validité des actes d'administration (1). De pareilles clauses seraient nulles lors même que la liberté d'administration du mari ne serait limitée par le contrat du mariage que pour tels biens ou telle portion de l'actif, ou pour tel acte particulier. Le droit d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la communauté appartient au mari et ne peut pas être subordonné au consentement de sa femme (Voir la citation, n° 1). En sens contraire se prononcent Toullier, tome XXII, n° 309 et Duranton, tome XXIV, n° 266.

Il en est ainsi surtout lorsque les époux ont adopté le régime de la communauté universelle, en stipulant que le mari ne pourrait vendre, aliéner ni hypothéquer sans le concours et le consentement de sa femme.

Cependant, l'idée que nous avons dégagée ainsi, ne fait pas obstacle à ce que le mari, sous la communauté, puisse donner à sa femme le mandat d'administrer certains biens ou même tous les biens communs. Nous avons déjà cité un arrêt de la Cour d'Orléans à cet égard. Les actes accomplis par le

---

1. Guillouard, t. I, n° 116. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. II, n° 20. — Planiol, t. III, n° 800.

mandataire sont en effet censés émaner du mandant, de telle sorte que, dans notre hypothèse, le mari est considéré comme ayant consenti par lui-même les actes passés par la femme, son mandataire, pourvu que celle-ci se soit conformée à ses instructions, c'est-à-dire qu'elle ait agi dans les limites du mandat reçu par elle. Mais il ne faut pas confondre ce mandat exprès avec le mandat tacite généralement admis en pratique, que la loi par l'article 1420 sous-entend elle-même pour les dépenses courantes du ménage.

Nous entendons ici un mandat révocable. Au contraire la clause du contrat de mariage qui conférerait à la femme un mandat irrévocable serait nulle, parce qu'elle enlèverait effectivement au mari et transporterait à la femme l'administration des biens de la communauté (1).

Une question importante est celle de savoir s'il faut assimiler aux clauses qui limitent le droit du mari, quant à la disposition des biens de communauté, et par suite, déclarer également nulle, la clause par laquelle la femme déclarerait *ameubler ses immeubles*, en stipulant que le mari n'aura le droit de les aliéner que de son consentement ? Suivant une opinion, la femme qui peut conserver propres les biens qu'elle apporte en mariage, doit pouvoir, à plus forte raison, les mettre en communauté, en se réservant seulement le droit de s'opposer à ce que le mari les

---

1. Marcadé sur l'article 1387-1389, t. V, p. 413. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, *op. cit.*, I, n° 20.

aliène (1). Ce ne serait là, qu'un ameublement incomplet, du genre de celui qui a été expressément autorisé par la loi dans les articles 1506 et 1507 du Code civil et il n'en résulterait aucune atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté, puisque les biens ainsi ameublés ne seraient pas des biens de communauté dans le sens complet du mot, et que d'ailleurs, le mari conserverait les droits les plus étendus sur le patrimoine de communauté proprement dit (Voir la même citation). En sens contraire (2).

C) *Pouvoirs du mari sur les biens de la femme.* — Sous tous les régimes la femme peut se réserver l'administration totale ou partielle de ses biens personnels (3). Ainsi la femme peut se réserver à la fois, pour une partie de ses immeubles, l'administration et les fruits, ou bien mettre, pour tout ou parties de ses immeubles, les fruits en communauté, en ne s'en réservant que l'administration. Sous le régime exclusif de communauté, le droit d'administrer, stipulé par la femme, est plus compatible encore avec le régime adopté que sous le régime de la communauté (4). Dans les régimes matrimoniaux autres

---

1. J. G. S. *Contr. de mariage*, 14. En ce sens, Guillouard, t. I, n° 118.

2. Laurent, t. XXI, n° 125. — Aubry et Rau, t. V, § 504, texte et note 3.

3. J. G. *Contr. de mariage*, 106. — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 800.

4. J. G. *Contr. de mariage*, 109.

que le régime de la communauté, où la jouissance des biens de la femme est attribuée au mari pour soutenir les charges du ménage, l'administration est-elle nécessairement réservée au mari, et la clause qui stipule d'une manière absolue le droit d'administration au profit de la femme, doit-elle s'entendre en ce sens que la femme ne pourra administrer ses biens qu'en qualité de mandataire révocable de son conjoint ?

Suivant un premier système la clause du contrat du mariage qui contient cette réserve au profit de la femme dotale est nulle par l'application de l'article 1388 du Code civil en tant que contraire et dérogatoire aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association matrimoniale (1). Pour ces auteurs la thèse paraît restreindre arbitrairement au régime de la communauté, la règle posée par l'article 1388. Quand la loi défend de déroger aux pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef, elle entend prohiber toute stipulation de nature à porter atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de l'association conjugale, quel que soit le régime matrimonial. La femme ne saurait donc administrer les biens dotaux que comme mandataire révocable de son époux.

---

1. J. G. *Contrat de mariage*, 110 et 3355 J. G. S. *eod.* v. 16 et 1205. En ce sens Aubry et Rau, 5 § 535, texte et note 16. — Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 69. — Marcadé sur les articles 1387 et 1389, n° 6. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. III, n° 1639. — Dissertation, M. Lyon-Caen. Rec. de Sirey 1886. 1. 161, note 1-2.

D'un autre côté, il y a un argument historique qui a une très grande valeur au sujet du régime dotal, ainsi que le remarque très justement, dans une note savante, M. Lyon-Caen : « A-t-on jamais admis, avant la promulgation du Code, que le régime dotal pouvait se combiner avec l'administration des biens dotaux laissée à la femme ? Nous ne croyons pas qu'un seul de nos anciens auteurs ait adopté cette combinaison. Tous supposent, comme les textes du droit romain, que l'administration des biens dotaux appartient au mari » (1).

Suivant un autre système, au contraire, une pareille clause respecte suffisamment la puissance maritale et doit, à la faveur du principe de la liberté des conventions matrimoniales, être validée (2).

Ces auteurs disent que l'article 1388, quand il défend de déroger par contrat de mariage aux droits du mari comme chef, fait allusion à ses pouvoirs sur les biens communs, comme chef de la communauté. Mais quand il s'agit des biens propres de l'épouse comme dans notre hypothèse, l'article 1388 n'est plus applicable.

Une autre question très importante est la suivante : La femme mariée sous le régime dotal, peut-elle rétrocéder au mari, pendant le mariage, les

---

1. Lyon-Caen, note dans S. 86. 1. 161, col. 2.

2. J. G. *Contrat de mariage*, 110 et 3355. — J. G. S. *cod.* v. 16 et 1205. En ce sens, Rodière et Pont, *op. cit.*, t. I, n° 64 et ss. — Guillouard, *op. cit.*, t. IV, nos 1792-1794. — Huc, t. IX, n° 435. — Planiol, III, n° 1521.

pouvoirs d'administration et de disposition de l'article 1549 donnés à la femme par le contrat de mariage? Sur ce point, il a été jugé que la femme dotale, investie par le contrat de mariage du droit d'administration de la dot, peut transférer à son mari, au cours du mariage, ses pouvoirs d'administration, qu'il n'y a pas là une atteinte au principe de l'immuabilité des conventions matrimoniales (1).

*Changements aux règles concernant la liquidation des droits respectifs des époux.*

Les conventions faites entre les époux pour la liquidation prématurée des droits et reprises de la femme restent sans effets, non seulement à l'égard des tiers, mais encore dans les rapports des époux.

Ainsi avant la dissolution de la communauté les conjoints ne peuvent ni hâter la dissolution ni opérer une liquidation anticipée de la communauté. Dans le premier cas ils ne pourraient faire cesser arbitrairement le régime de la communauté ; dans le second cas ils ne pourraient opérer un partage ouvertement, soit par des opérations cachant un partage tacite, soit d'une façon générale, en exerçant des droits qui sont subordonnés à sa dissolution. Par exemple : La femme ne peut faire, avant la dissolution de la com-

---

1. Montpellier, 29 nov. 1897 (2<sup>e</sup> arrêt sous Civ. c., 15 mai 1899. D. P. 99. 1. 353-354.)

munauté, aucun acte impliquant de sa part l'exercice de son droit d'acceptation et de renonciation (1). Donc les époux ne peuvent pas, pendant la communauté, faire le partage des biens qui la composent. La communauté est impartageable, même provisionnellement, du vivant des deux époux, à moins qu'ils n'y procèdent tous deux et simultanément dans un acte de donation-partage à leurs enfants (2). D'autre part, la femme ne peut, par voie de disposition testamentaire, procéder à la division de la communauté encore subsistante, à l'effet de comprendre sa part de l'actif commun dans un partage par elle fait entre ses enfants par le même testament (3).

Suivant certains auteurs, si la femme n'a pas le droit de renoncer par avance à son droit d'option c'est seulement lorsqu'elle se dépouille de ce droit *erga omnes*, mais la femme pourrait s'interdire l'exercice de ce droit vis-à-vis d'un créancier déterminé de la communauté (4).

Suivant un auteur, s'il est toujours défendu à la femme d'abdiquer son droit d'option, elle a pour-

---

1. J. G. S. *Cont. de mariage*, 749. En ce sens, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. II, n° 1014.

2. Limoges, 29 nov. 1897. D. P. 1902. 2. 97.

3. J. G. S. *Cont. de mariage*, 749. — Civ. c., 23 déc. 1861. D. P. 62. 1. 31 et sur renvoi. — Orléans, 5 juin 1862. D. P. 63. 2. 159. — En ce sens Bordeaux, 8 août 1850. D. P. 51. 2. 143.

4. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 105 bis, II. — Guillouard, t. III, n° 1241.

tant le droit de s'obliger vis-à-vis d'un tiers pour le cas où elle renoncerait à la communauté (1).

Quant au régime dotal, il ne se dissout que lorsque le mariage prend fin lui-même. Cependant il y a lieu à une dissolution, mais incomplète au cas où il survient une séparation de biens judiciaire principale ou accessoire à la séparation de corps. La jurisprudence restreint encore les droits de la femme dotale après la séparation de biens en déclarant l'inaliénabilité de la dot mobilière par la femme. Il résulte comme conséquence de cette jurisprudence que le mari qui n'est pas propriétaire a le droit d'aliéner la dot mobilière, tandis que la femme propriétaire ne peut disposer de sa propriété.

En combinant cette conséquence avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous aurons les résultats suivants : la femme ne peut renoncer à ses reprises dotales, ni les céder, ni faire à leur sujet aucune transaction ; toutes conventions passées par la femme avec son mari ou avec les tiers, et ayant pour objet de changer les effets de l'immutabilité des conventions matrimoniales et de l'inaliénabilité de la dot après la séparation de biens, sont nulles. En dehors du cas de séparation de biens, il est impossible à la femme dotale de demander la restitution de sa dot pendant le mariage. Le mari, non plus, ne peut pas la restituer.

---

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. II, n° 1006.

b) *Changements aux donations et contrats à titre onéreux entre époux.*

*Changements aux donations matrimoniales.*

Nous avons montré plus haut (p. 34, n° 4) que le contrat du mariage peut contenir des libéralités que l'un des époux fait à l'autre ou qu'un tiers fait aux époux ou à l'un d'eux. Nous avons montré aussi que ces donations doivent être soumises à l'article 1395 (p. 38). De même nous avons réservé la question en ce qui concerne l'application de principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il nous suffit donc ici d'en donner quelques exemples :

1) Les donations consenties dans un contrat de mariage doivent être considérées comme des conventions matrimoniales, et, par suite, sont irrévocables : la renonciation à ces donations faite par les époux postérieurement au mariage ne serait donc pas valable (1). Et cela même lorsque la renonciation porte sur une donation de biens présents ou sur une donation de biens à venir.

Peu importe encore que cette renonciation porte sur un avantage en toute propriété, ou seulement en usufruit ; elle est nulle dans un cas comme dans l'autre. Ainsi est nulle la convention par laquelle le mari consent que la donation contractuelle à lui faite

---

1. Toulouse, 7 mai 1829. J. G. *Contr. de mariage*, 321. — Civ. r., 11 janv. 1853. D. P. 53. 1. 17. — Rouen, 15 déc. 1891. D. P. 92. 2. 437. — Bastia, 16 janv. 1856. D. P. 56. 2. 58. En ce sens. Planiol, *op. cit.*, III, n° 816.

par sa femme en pleine propriété pour le cas de survie soit réduite à l'usufruit de l'objet donné (1). Dans le même sens a été décidé qu'une donation par préciput faite dans un contrat de mariage ne peut, par l'effet d'une convention postérieure, et notamment d'un partage d'ascendants, être convertie en un simple don en avancement d'hoirie, même avec le consentement du donataire, une telle transformation étant contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (2).

On doit considérer aussi comme contraire au même principe et par suite comme nul aux termes de l'article 1395, l'acte sous seing privé par lequel deux époux, en se séparant de fait, renoncent réciproquement aux gains de survie que leur contrat de mariage leur assurait (3).

La remise du capital de la dot faite par le mari à celui qui l'a constituée ou plutôt l'a remise de l'action en paiement, est aussi un changenent aux donations en faveur du mariage et par conséquent défendue. Le mari, il est vrai, est maître de la dot, il peut la dissiper, l'aliéner, *abuti perdere*, et à ce titre, dit-on, il doit pouvoir renoncer à la recevoir ; mais ici il n'en dispose pas car il ne l'a point reçue. Ses pouvoirs exorbitants lui donnent bien le droit de faire des renonciations translatives mais non abdicatives. Si la dot lui a été comptée, il pourra en faire

---

1. Metz, 26 nov. 1823. J. G. *Contr. de mariage*, 329, 387.  
— Req., 9 nov. 1824. J. G. *eod.* v° 324.

2. Civ. c., 28 mars 1866. D. P. 66. I. 396.

3. Civ. req., 28 janv. 1894. D. P. 94. I. 394.

remise au constituant (1), mais si elle ne l'a point été, il ne peut renoncer au droit que lui a conféré le mariage et qu'il n'a point réalisé. Il en sera de même de la remise de revenus, intérêts ou arrérages de la dot. Il est du reste certain que sous un régime où la dot est inaliénable, cette remise est impossible.

La jurisprudence décide sans exceptions que les renonciations aux gains de survie entre époux sont nulles, comme nous avons dit plus haut. Cette solution est absolue dans les rapports des époux entre eux ; mais quand il s'agit d'actes passés avec un tiers, il y a lieu de distinguer entre les renonciations abdicatives et translatives, les premières étant illicites et les secondes permises. Ainsi la femme donataire, par son contrat de mariage et pour le cas de survie, de l'usufruit de l'immeuble du mari, renonce vainement à cet avantage en faveur de l'acquéreur de cet immeuble (2), lors même que le mari affecterait au droit éventuel de la femme un immeuble équivalent. (Même décision). Une pareille renonciation tomberait en tout cas sous l'application des articles 791 et 1130 qui prohibent tout pacte sur succession future. Au contraire la Cour de cassation a validé la renonciation faite en faveur de leurs enfants par des pères et mères aux avantages éventuels

---

1. Bordeaux, 26 juillet 1838. Sirey, 1839, II, 51. — Reims, 1<sup>er</sup> mars 1849. D. 1851, II, 238. En ce sens Toullier, t. XII, n° 64.

2. Toulouse, 18 juin 1821, J. G. *Contr. de mariage*, n° 331 et Toulouse, 7 mai 1829. J. G. *ibid.*

et réciproques stipulés par leur contrat, car il s'agit là d'une renonciation translatrice : c'est une libéralité que les époux font à leurs enfants (1). Toutefois il y a des auteurs éminents qui donnent une solution contraire. D'après ceux-ci toute renonciation à une institution contractuelle, à une donation de droits successifs, en pleine propriété, en nue propriété ou en usufruit, sera nulle, fût-elle insérée dans un acte de donation faite au profit de l'un des enfants, si cette renonciation est purement abdicative et n'a d'autre résultat que de restituer au conjoint donateur la libre disposition de ses biens (2).

La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne met pas obstacle à ce que des tiers s'obligent à des dommages-intérêts envers les héritiers de l'un des époux, pour le cas où l'autre époux réclamerait l'exécution de ces conventions, et notamment la délivrance d'un gain de survie. Si, durant le mariage, les conventions matrimoniales ne peuvent être l'objet d'aucune renonciation de la part des époux, cependant l'un des époux peut se trouver privé du bénéfice de ces conventions, comme héritier d'un tiers, et notamment, par l'effet de l'acceptation pure et simple de la succession d'une personne qui s'était engagée envers l'autre époux à des dommages-intérêts, pour le cas, par exemple, où un

---

1. Cas., 18 avril 1812, D. J. G. *Contr. de mariage*, n° 332.

2. Aubry et Rau, t. V, § 503 bis, texte et note 17. Guillouard, t. I, n° 239.

gain de survie stipulé dans le contrat de mariage serait réclamé (1).

La disposition de l'article 1395 du Code civil est applicable aux donations faites *par un tiers* en vue de mariage comme aux conventions faites par les époux eux-mêmes, soit que ce tiers ait stipulé au contrat, soit qu'il ait fait en dehors un don manuel à l'un des futurs époux, en considération du mariage (2). Les époux ne peuvent donc pas renoncer, dans l'intérêt du tiers donateur, aux libéralités qui leur ont été consenties par celui-ci.

L'article 1395 s'applique aux dons manuels faits en vue du mariage dont l'auteur n'a pas figuré au contrat du mariage, et que le donataire s'est personnellement constitués en dot. En conséquence, est nul, comme modifiant le pacte matrimonial, tout acte, passé entre les époux, et le donateur manuel, qui est de nature à rendre moins bonne la situation pécuniaire que leur a faite ce contrat (3).

L'article 1395 s'applique aussi dans le cas où un ascendant a fait donation aux futurs époux, dans leur contrat de mariage, de l'usufruit d'un immeuble, si plus tard l'ascendant vend la pleine propriété de l'immeuble aux époux, sans leur tenir compte de l'usufruit qui leur a été déjà donné, cette vente,

---

1. Req., 14 avril 1856. D. P. 56. 1. 243.

2. J. G. *Contrat de mariage*, 329. — J. G. S. *eod.* V° 85.  
— Limoges, 19 juillet 1878. D. P. 79. 2. 181. En ce sens, Guillouard, t. I, n° 236. — Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 817.

3. Req., 23 juin 1887. D. P. 87. 1. 449.

qui anéantit la donation faite par le contrat de mariage, est contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1).

En ce qui concerne la dot, les règles relatives au capital s'appliquent aussi aux revenus, intérêts et arrérages qui sont destinés à supporter les charges du mariage. Ainsi le mari ne peut pas renoncer à demander les intérêts de la dot, depuis le jour du mariage, si le contrat n'indique pas un autre point de départ. De même est nulle la reconnaissance faite par le mari, postérieurement au mariage, que, suivant l'intention des parties contractantes, la dot constituée avec terme ne devait pas produire d'intérêts (2).

Le mari ne peut pas non plus consentir au débiteur de la dot pour le paiement de cette dot un délai différent de celui fixé au contrat. Ainsi l'engagement pris par les époux de ne point exiger le paiement de la dot durant la vie des constituants, alors qu'elle était payable dès le jour du mariage, est nul comme apportant une modification essentielle aux conventions matrimoniales (3).

La défense de déroger aux conventions matrimo-

---

1. Pau, 9 janv. 1877. J. G. S. *Contrat de mariage*, 86.

2. Pau, 9 janvier 1838. J. G. *Contrat de mariage*, 366. — Rennes, 1<sup>er</sup> mars 1849. D. P. 51. 2. 238. En ce sens : Guil-louard, t. I, n<sup>o</sup> 237.

3. Rouen, 22 juillet 1863. Rec. de Sirey, 1864. 2. 108. — Civ. c., 4 déc. 1867. D. P. 67, I, n<sup>o</sup> 455. En ce sens : Guil-louard, t. I, n<sup>o</sup> 237. — Planiol, *op. cit.*, t. III, n<sup>o</sup> 817.

niales ne fait pas obstacle à ce qu'il soit renoncé par un tiers donateur à un droit de retour qu'il avait stipulé à son profit. Dans ce sens nous trouvons une décision de la Cour de cassation du 19 janvier 1836. Toutefois, l'irrévocabilité des conventions matrimoniales étant fondée, non seulement sur l'intérêt privé des parties, mais aussi sur l'ordre public, la renonciation d'un époux, dans un partage anticipé fait par ses père et mère, aux avantages que ceux-ci lui avaient faits dans son contrat de mariage, a été déclaré nulle, quoi qu'il fut allégué que cette renonciation ou le partage dont elle était la condition fût avantageuse à l'époux (1).

*Des contrats ou actes entre époux pouvant porter atteinte à l'immutabilité.*

Pour finir l'examen de l'application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales il faut voir si certains actes juridiques ne tombent pas de plein droit sous le coup de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et dans le cas où ils ne violeraient pas l'immutabilité, comment pouvons-nous concilier la règle de l'article 1395 avec la perpétuelle mobilité des biens.

L'article 1123 du Code civil établit un principe général : *Toute personne peut contracter si elle n'en*

---

1. Civ. r., 29 juillet 1818. J. G. *Contrat de mariage*, 355.

*est pas déclarée incapable par la loi.* A cette règle générale il n'y a pas une exception qui puisse établir l'incapacité générale des époux. Nous trouvons, en effet, des textes desquels le principe peut être dégagé ainsi : L'article 1595 prohibe la vente entre époux, sauf dans trois cas qui sont plutôt des dations en paiement que des ventes ; si les époux ne peuvent faire de vente en vertu d'un texte formel, c'est que d'après les règles générales ils peuvent faire d'autres contrats. L'article 1431 suppose que deux époux ont pu s'engager solidairement vis-à-vis d'un tiers ; l'article 1435 parle du remploi offert par le mari et accepté par la femme ; l'article 1451 autorise les époux à rétablir la communauté après une séparation de corps ou de biens. D'autres textes sont encore plus probants : tels l'article 1420 qui prévoit la procuration conférée à la femme par le mari et l'article 1577 qui autorise la femme à constituer son mari pour son mandataire. Tout cela est d'accord avec le principe général posé par l'article 1123. En ce qui concerne la femme, son incapacité est établie par l'article 217 du Code civil quand elle n'est pas autorisée. Alors on se trouve en face de la règle : « *nemo potest auctor esse in rem suam* » ; faut-il conclure que le mari ne peut autoriser valablement la femme dans les contrats qu'ils passent entre eux, et que la femme reste, en conséquence, incapable ? La règle susdite est du droit romain qui n'exigeait pas l'autorisation maritale et elle s'applique seulement au tuteur. Donc cette règle ne saurait être admise.

On a dit aussi que la justice seule peut autoriser la femme, comme cela a lieu dans le cas des articles 1558 et 2144. Mais ces deux articles ont été établis pour des motifs spéciaux, et au contraire l'article 217 ne fait aucune allusion aux contrats à titre onéreux entre époux pour établir une exception.

Le droit romain leur permettait tous les contrats à titre onéreux. Quant à l'ancien droit il avait adopté la règle contraire (1). Le Code civil est revenu à la règle romaine. Il n'est plus question d'une incapacité des époux de contracter entre eux. Tout l'ancien droit, excepté Guy Coquille, admettait que le mari pouvait autoriser sa femme dans les contrats où le mari avait intérêt (2). La seule difficulté était de savoir si l'autorisation pouvait être tacite dans les contrats. Le Code civil n'a pas défendu au mari d'autoriser sa femme dans de pareils contrats. Lorsqu'il y a une prohibition spéciale le Code emploie un texte formel ; par exemple dans les articles 221, 222 et 224 du Code civil ; 865 et 878 du Code de procédure civile, l'autorisation de justice est exigée. En dehors du texte, il faut donc faire l'application du principe général de la matière que pose l'article 217 : la femme autorisée de son mari est capable de tous

---

1. Cout. de Nivernais, ch. XXIII, art. 27. — Cout. de Normandie, ch. XV, art. 410. — Cout. de Bourbonnais, art. 226. — Pothier. *Don. entre mari et femme*, n° 78.

2. Lebrun. *Communauté*, II, ch. I, sect. III, n° 39. — Pothier. *Puissance du mari*, n° 42.

les actes juridiques (1). Par exemple, le mari qui permet à sa femme de faire le commerce peut lui laisser la libre disposition du capital nécessaire, ce qui résume un prêt (2).

De plus, l'autorisation de la femme n'est pas exigée au fond pour compléter une capacité imparfaite **de la femme**, mais plutôt pour maintenir l'autorité **maritale et l'unité** dans la gestion des biens de famille.

Nous concluons **donc** que les contrats à titre onéreux sont permis entre époux et que le mari a qualité pour autoriser sa femme. Mais cette liberté ne saurait être entière parce que dans bien des cas elle viendra apporter une atteinte au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Nous examinerons successivement les exceptions à la règle, que les époux peuvent faire entre eux tous les contrats à titre onéreux, ce sont la formation d'une société entre eux et le mandat, pour voir dans quelle mesure les époux, en les faisant, respectent le principe de l'immutabilité. Mais comme les donations entre époux donnent naissance à des difficultés semblables, et que d'autre part, on peut attribuer la liberté actuelle des contrats à la disparition de l'ancienne prohibition des donations entre époux, nous allons étudier **premièrement** celles-ci.

---

1. Grenoble, 11 mars 1851. S. 51.2.627. — Bordeaux, 29 avril 1856. S. 57.2.54.

2. Boistel. *Droit commercial*, p. 78.

A. — *Donations entre époux.*

L'article 1096 du Code civil permet d'une façon formelle les donations entre époux, mutuelles ou non. Mais pour empêcher le retour des inconvénients qui avait fait établir la prohibition à l'époque romaine, il les déclara essentiellement révocables (art. 1096, al. 1<sup>er</sup>). Pour assurer l'exercice de cette révocation l'article 1096, alinéa 2, dispose : Que la révocation pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ni par la justice. Et l'article 1097 ajoute d'autre part : Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. Cette faculté de révocation est d'ordre public ; aucune convention n'en peut priver l'époux donateur.

Quand il s'agit de donations indirectes et déguisées, il y a quelques difficultés à concilier la liberté accordée aux époux avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Pour celles-ci la loi n'est pas assez efficace parce que le déguisement de la donation paralyse sa révocation. Mais la jurisprudence annule ces espèces de donations qui tendent à compromettre la révocabilité qui est leur caractère essentiel (1).

---

1. Cass., 11 nov. 1834. D. 35. 1. 18. — Cass., 16 avril 1850. D. 50. 1. 52. Montpellier, 24 févr. 1876. D. 79. 2. 249

On reproche à cette jurisprudence de donner pour sanction à l'article 1096 la disposition de l'article 1099, qui parle en effet de nullité, mais qui sert uniquement de sanction aux articles 1094 et 1098 relatifs à la quotité disponible entre époux, et d'admettre ainsi un cas de nullité que la loi n'avait pas prévu (1). De plus les donations indirectes et déguisées sont admises entre étrangers, il n'y a donc pas de raison pour les regarder comme illicites entre les époux. Mais le motif qui a déterminé la jurisprudence est que le déguisement de la donation est de nature à compromettre la faculté de révocation qui est l'élément essentiel de la donation entre époux, et par conséquent on déclare cette donation nulle comme étant faite en fraude de la loi (2). Il semble donc qu'il y a une contradiction entre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la liberté accordée aux époux de se faire des donations. Mais la contradiction est seulement apparente.

L'article 1096 consacre au profit des époux le droit de libre disposition qui appartient à tout individu sur son patrimoine, mais seulement à condition que l'époux donateur ait toujours le droit de révoquer l'avantage par lui fait à son conjoint, et pour cela la loi a voulu qu'il ne se crût pas empêché par la forme synallagmatique d'un contrat que l'une des parties, en général, ne peut pas révoquer sans le con-

---

1. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Traité des donations entre vifs et des test.*, II, n° 4115.

2. Planiol, *op. cit.*, III, 3255.

seulement de l'autre. Un avantage indirect et déguisé peut être le résultat d'une surprise contre l'un des époux, la femme surtout qui, n'en comprenant pas la portée donnerait sans avoir l'intention de donner (1). Le législateur, en inscrivant dans le Code la défense de modifier les conventions matrimoniales, n'a fait qu'assurer les prescriptions de l'article 1096. Par conséquent, même quand une donation ne tombe pas sous les prévisions de l'article 1099, on est forcé de reconnaître que de tels avantages tomberont nécessairement sous la sanction de l'article 1395, au moins quand elle apportera une atteinte au principe de l'immutabilité.

B). *Société*. — Quand il s'agit d'une société entre époux, la question est de savoir si une société commerciale en nom collectif ou une société en commandite dont les époux sont co-gérants ou même une société civile est licite entre époux. La jurisprudence est constante contre la validité de ces sociétés. Elle tend à établir d'une façon générale que si deux époux ne peuvent former valablement une société entre eux, c'est parce que l'égalité des droits qui existe entre des associés, ne se concilie pas avec la subordination de la femme au mari (2). Une partie de la doctrine, s'appuie sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales pour proscrire les sociétés entre époux. Ils disent que pour déclarer nulle la

---

1. Dalloz, J. G., V<sup>o</sup> *Contr. de mariage*, n<sup>o</sup> 322.

2. Cass., 8 décembre 1891, D. 92. 1. 117. Paris, 10 déc. 1896. D. 97. 2. 125.

société entre époux, il n'est pas besoin de prohiber entre eux tous les contrats à titre onéreux, car des raisons spéciales existent pour défendre la société. Toute société constituée par les époux au cours du mariage constitue une modification à leurs conventions matrimoniales. M. Thaller dit : « Réunir les biens des époux ou certains d'entre eux, alors qu'ils devraient être séparés d'après le régime adopté, ou encore faire peser sur les propres de la femme une responsabilité générale à raison des dettes contractées par le mari, n'est-ce pas déformer les lignes de ce régime et lui imprimer une économie différente ? ce qui justement en cours de mariage est interdit. » (1).

En effet, supposons les époux mariés sous le régime de la séparation des biens ou dotal avec paraphernalité de tous les biens, dans ce cas la société créera une communauté d'intérêts là où le contrat de mariage avait établi la séparation. S'ils sont mariés sous le régime de la communauté, la société établirait un régime d'association différent de celui du contrat de mariage.

Toutefois il semble que la constitution d'une société entre époux ne viole aucunement le principe de l'immutabilité. La société constituant une personne morale, les biens mis en société ne sont plus dans le patrimoine des époux, mais dans le patrimoine d'une personne distincte, la société. Or les conventions matrimoniales ne régissent que les biens faisant

---

1. Thaller. *Traité élém. de dr. comm.* n° 256.

partie du patrimoine des époux. Ces biens sont régis par le contrat de société et non par les conventions matrimoniales. Quant aux bénéfices que la société leur procure, ils tombent dans leur patrimoine suivant les règles établies par le contrat de mariage. De même pour les biens résultant du partage de la société et tombant dans le patrimoine des conjoints, ils sont régis par le contrat de mariage. Les engagements sociaux doivent respecter d'ailleurs l'application cumulative du pacte social et du régime matrimonial. Si par exemple, c'est une société en commandite avec le mari comme gérant, la femme n'est pas tenue, au point de vue du pacte social, que jusqu'à concurrence de sa mise ; mais au point de vue du contrat de mariage, les engagements contractés par le mari commandité sont aussi ceux du mari commun en biens, et la femme qui acceptera la communauté sera tenue pour moitié, en sa qualité de femme commune, des engagements contractés par le mari, chef de la communauté.

La théorie de la jurisprudence est trop absolue en annulant toute société où les deux époux figureraient comme associés avec d'autres personnes. MM. Lyon-Caen et Renault donnent une autre solution à la question, admettant la possibilité d'une société entre époux, « à condition qu'elle ne soit pas une simple façade masquant un véritable changement aux conventions matrimoniales ». La capacité est la règle et l'incapacité l'exception : la société doit donc être regardée comme possible entre époux, à moins qu'il ne résulte des circonstances que les parties ont voulu

atteindre un but illégal, spécialement déroger à leurs conventions matrimoniales, contrairement à l'article 1395.

Dans des cas de ce genre la société peut être annulée sur la demande de tout intéressé (1).

C) *Mandat*. — Nous avons vu, en traitant l'administration des biens et les changements relatifs à cette administration (page 94 et ss.), que le mandat peut être considéré, de l'avis de tous les auteurs, au premier rang des contrats permis entre époux. Ce qu'il nous reste à étudier maintenant est de voir si ces mandats ne portent pas une atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Comme nous avons déjà dit plus haut, ce contrat de mandat prévu par les articles 1420, quand il s'agit de le donner à la femme pour l'administration plus ou moins étendue d'une portion plus ou moins grande de la communauté et par l'article 1577 du Code civil pour le mandat donné au mari par la femme pour l'administration de ses biens séparés ou paraphernaux, ne heurte en rien l'article 1395. On peut dire, au contraire, que c'est l'exécution du contrat de mariage, car c'est toujours celui des deux qui donne mandat à l'autre qui est réputé accomplir l'acte faisant l'objet du mandat : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Dans le cas, de l'article 1577 le mari n'est que son subordonné, son mandataire révocable. De même dans l'article 1420 : le mari devra être consi-

---

1. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, II, 78.

déré comme s'étant obligé lui-même et la femme ne deviendra pas personnellement débitrice ; la dette tombera en communauté : parce qu'elle est réputée provenir du mari.

Mais s'il s'agit d'un mandat irrévocable, un tel mandat ne tendrait en rien moins qu'à assurer au mandataire des droits ou des avantages, portant atteinte aux conventions matrimoniales (1).

### SANCTION DU PRINCIPE

Quelle est la sanction du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Le Code civil ne prononce point le mot de nullité, mais les dispositions de l'article 1395 du Code civil sont prohibitives, et ce serait méconnaître les intentions du législateur que les déclarer sans sanction. Trois opinions bien tranchées ont été présentées.

I. — Le premier de ces systèmes est celui de M. Toulhier. D'après lui, la sanction de ce principe résiderait uniquement dans l'application de l'article 1094 du Code civil : « Toutes les conventions postérieures à la célébration du mariage, qui ont pour objet de régler les droits des époux ou de l'un d'eux, ou bien de

---

1. Baudry-Lacant., *Le Courtois et Surville*, *op. cit.*, n° 98. — Rapp. civ. req., 8 janv. 1890. D. 91. 1. 225. — Montpellier, 29 novembre 1897, sous civ. req., 15 mai 1899. D. 99. 1. 353.

changer les clauses des conventions matrimoniales antérieures, doivent être et sont, suivant l'esprit et les dispositions du Code, non plus nulles, comme autrefois, mais révocables à la seule volonté de l'un des conjoints, sans le concours de l'autre » (1). C'est le système de révocabilité.

Pour cet auteur, l'immutabilité dans l'ancien droit était une conséquence de la prohibition des donations entre époux ; le Code civil permettant ces donations, l'immutabilité est aujourd'hui régie par les mêmes principes qui ont fait édicter l'article 1096.

Toullier ajoute, que les articles 1394 et 1395 sont dans ce sens, car ils ne prononcent pas la nullité, et la nullité ne peut être établie que par la loi. La loi la prononce quand elle est nécessaire ; ainsi nous la trouvons dans les articles 1453, 1521, 1538 ; elle n'est point dans l'article 1395 ; la sanction est donc dans l'article qui sert de base au principe de l'immutabilité de l'article 1096 qui déclare les donations entre époux valables, mais révocables. Si l'époux auquel le changement porte atteinte et qui est en réalité donateur, vient à décéder sans avoir révoqué la donation, le changement est inattaquable.

La doctrine de Toullier est repoussée par tous les auteurs et n'est point acceptée par la jurisprudence (2).

---

1. Toullier, *Le Droit civil*, XII, 24 et s., 35 ss.

2. Duranton, XIV, n. 38. — Troplong 1. n 201. — Aubry et Rau, *op. cit.* V. §. 503 bis, texte et note 8. — Guillouard, *op. cit.* I. 222. — Courtois et Surville, *op. cit.* I. 89. Cass., 22 fév. 1882. S. 84. I. 70. — Req. 23 juin 1887. D. 87. I. 449.

C'est du reste avec raison. En effet l'article 1395 ne prononce pas le mot de nullité ; mais en matière civile, à côté des nullités expresses, il y a des nullités virtuelles. Ainsi personne n'oserait soutenir que les conventions particulières par lesquelles on déroge aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, contrairement à l'article 6 du Code civil ne sont pas nulles ; que la convention ayant pour objet une chose hors du commerce, la renonciation à des successions futures, les pactes sur successions futures, sont valables ; cependant les articles 6, 1128, 1130, 1600 ne parlent point expressément de nullité ; de même dans la matière du contrat de mariage on peut citer les articles 1388, 1389, 1390.

Du reste l'article 1395 ne se conçoit qu'entendu avec la nullité pour sanction, sinon il serait inutile, car l'article 1096 suffirait.

II. — La seconde opinion, qui est générale, est que la sanction du principe de l'immutabilité serait la nullité absolue, c'est-à-dire une nullité qui a besoin d'être prononcée par la justice mais qui peut être invoquée par toute personne intéressée. En édictant l'article 1395, le Code civil s'est préoccupé de l'intérêt général ; il a voulu protéger les époux contre eux-mêmes et les tiers contre les agissements des époux. Ces motifs excluent toute idée de nullité relative ; il ne s'agit pas ici de protéger des intérêts spéciaux comme ceux des incapables, puisque majeurs et maîtres de leurs droits les

époux doivent cependant subir l'immutabilité (1).

Cette nullité étant d'ordre public n'est pas susceptible de ratification pendant le mariage parce que cette ratification serait entachée des mêmes vices que le contrat initial que l'on voudrait ratifier (2). Mais après la dissolution du mariage ? La question est controversée. La convention nulle, comme dérogatoire au contrat de mariage, est susceptible de ratification après la dissolution du mariage, notamment par l'exécution volontaire et en pleine connaissance de cause de la convention (3). Suivant un arrêt, la ratification donnée postérieurement à la dissolution du mariage couvrirait la nullité de la renonciation faite pendant le mariage ; mais alors la renonciation ne prendrait date que du jour de la dissolution du mariage (4).

Les nullités provenant de la violation du principe d'immutabilité quoique absolues, peuvent se couvrir par ratification après la dissolution du mariage ; il est permis aux intéressés de renoncer à l'action en

---

1. Guillouard. *op. cit.*, I. 216. — Req. 27 juillet 1854. D 55. 1. 52. Cass., 23 août 1826, S. 27. 1. 108. — Rouen, 15 décembre 1891. D. 92. 2. 247.

2. Guillouard. *op. cit.*, I. 216. — Bastia, 16 janv. 1856. D (V. 56. 2. 58). — Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville t. I, n° 89. — Laurent, t. XVIII, n° 611.

3. Metz, 26 nov. 1823 ; J. G. *Contrat de mariage*, 387. En sens contraire, Laurent, t. XXI, n° 68.

4. Toulouse, 15 avr. 1842. J. G., *Disposition entre vifs*, 2327. *Contrat de mariage*, 334.

nullité qui leur compète. Cette renonciation peut-être expresse ou tacite ; tacite elle sera acquise par l'expiration d'un délai de dix ans pendant lequel l'action en nullité n'aura point été exercée. Toutefois si la nullité d'une renonciation frappée d'une nullité radicale ne paraît pas susceptible d'être ratifiée, on pourra néanmoins considérer cette ratification comme une renonciation nouvelle, dont les effets doivent être appréciés indépendamment de la première et comme si celle-ci n'avait jamais existé (1).

Ce système de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine aboutit à transformer une nullité absolue en nullité relative et à valider rétroactivement un acte nul par le moyen d'une ratification. Sans doute, l'ordre public n'est plus, semble-t-il intéressé après la dissolution du mariage, au maintien des conventions matrimoniales ; mais nous ne devons pas oublier que cet acte est frappé d'une nullité absolue. La ratification à ce moment est une convention nouvelle et spéciale, qui vaut comme transaction entre personnes libres de disposer de leur droits et d'en régler la liquidation sur les bases qui leur conviennent (2). Cependant un pareil moyen ne saurait avoir de confirmation pour un acte frappé d'une nullité absolue, qui n'existe pas.

---

1. J. G. *Dispos. entre vifs*, 2327. — Aubry et Rau. *op. cit.*, V. §. 503 *bis*, texte et note 4.

2. Planiol. *op. cit.*, III, 845. — Cass., 10 avril 1866. D. 66. 1. 350.

III. — Une troisième opinion est celle qui soutient que la sanction est l'inexistence. Mais la solution est très rigoureuse. Un acte nul peut être annulé, mais en attendant, il existe, il n'est que vicié ; le vice qui l'infecte peut être écarté, on peut renoncer à l'action en nullité. Le contrat inexistant au contraire n'existe point.

## CHAPITRE III

### Exceptions au principe de l'immutabilité.

---

Les exceptions au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales sont assez nombreuses. Nous allons étudier les principales :

I. — *De la séparation de biens.* — L'article 1443 accorde le droit de demander la séparation de biens seulement à la femme ; son mari ne le peut pas. Ce droit s'exerce lorsqu'une mauvaise gestion ou le désordre dans les affaires du mari compromet la restitution de la dot, ou bien quand le mari dissipe les revenus destinés aux charges du mariage, où lorsque l'exercice des droits et reprises de la femme après la dissolution du mariage, est menacé de devenir illusoire.

Donc la loi établit la séparation de biens comme contre-poids de l'omnipotence du mari ; c'est une garantie donnée à la femme pour la protéger contre son mari. Cette séparation doit être prononcée par la justice ; toute séparation volontaire est nulle conformément à l'article 1443, alinéa 2. C'est parce que

la séparation détruit le régime ancien de la communauté et soumet les époux à un nouveau régime. La séparation de biens peut être prononcée sous tous les régimes ; elle les altère plus ou moins profondément. Donc c'est une exception générale au principe de l'immutabilité. Quelle est la situation de la femme après la séparation de biens ? Dans tous les cas elle recouvre la jouissance et l'administration de ses biens si le contrat de mariage les lui a enlevés. La femme peut aliéner ses meubles à titre onéreux, du moins si cette aliénation se rattache à son administration. Elle peut s'obliger sur tous ses meubles et immeubles dans les limites de cette administration (1). Nous avons dit plus haut que la séparation dissout la communauté tant légale que conventionnelle.

Sous le régime dotal, le fonds dotal disparaît avec ses règles spéciales ; mais les biens dotaux ne cessent pas d'être inaliénables (2), cependant ils deviennent prescriptibles.

Sous le régime d'exclusion de communauté, la femme recouvre par l'effet de la séparation l'administration, la jouissance et le droit aux acquisitions faites pendant le mariage.

Sous le régime de la séparation de biens conventionnelle, une séparation judiciaire est un changement, car ces deux séparations ne sont pas sembla-

---

1. Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n° 883.

2. Planiol, *op. cit.*, III, 1616.

bles. La différence est dans l'obligation de contribuer aux charges du mariage qui est fixée par la convention ou à défaut par la loi, au tiers de ses revenus (1537 C. civ.), tandis que dans la séparation judiciaire elle est réglée d'après l'article 1448 du Code civil d'après les facultés des époux.

Il faut donc reconnaître que la séparation de biens constitue un changement aux conventions matrimoniales. Il faut faire une distinction entre la séparation de biens principale et celle qui est la conséquence d'une séparation de corps pour pouvoir déterminer le moment précis auquel s'opère le changement de régime. La première produit ses effets du jour même de la demande ; le jugement a effet rétroactif du jour de l'assignation qui est le premier acte juridique de l'instance (art. 1445 C. civ.). Par conséquent le régime stipulé cesse à ce moment. Il ne faut pas distinguer entre les époux et les tiers car la loi ne fait aucune distinction. Les actes faits d'après les règles de l'ancien régime et violant la séparation de biens seront nuls comme portant atteinte au principe de l'immutabilité.

La séparation de biens accessoire à une séparation de corps rétroagit au jour de la demande à l'égard des époux, mais non à l'égard des tiers, règle établie premièrement par la jurisprudence et sanctionnée par la loi du 18 avril 1886 sur le divorce.

D'autre part, il faut constater que la femme séparée de corps jouit d'une plus grande indépendance que la femme séparée de biens seulement. Celle-c

n'a qu'une demi-capacité analogue à celle du mineur émancipé pour l'administration de ses biens. La séparation de corps rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile. Cette différence a été introduite par la loi du 6 février 1893 qui a modifié l'article 311 du Code civil, non en disant que la femme séparée de corps obtient la même capacité que si elle n'était pas mariée ; il résulte seulement de l'article 311 du Code civil que l'exercice de la puissance maritale est suspendu pendant la durée de la séparation, de telle sorte que la femme n'a plus besoin d'obtenir l'autorisation de son mari ou à défaut celle de la justice. En d'autres termes la séparation de corps laisse subsister le régime dotal, sauf l'effet de la séparation de biens (1). C'est-à-dire qu'il n'est plus nécessaire à la femme l'autorisation de son mari quand il s'agit de faire un acte pour lequel cette autorisation était nécessaire. Mais pour un acte dont l'autorisation du mari n'est pas suffisante, par exemple l'aliénation d'un immeuble dotal, l'état de femme séparée n'autorise pas un pareil acte ; après comme avant la séparation, l'immeuble dotal reste inaliénable.

La loi voit avec défaveur la dissolution des conventions matrimoniales, mais elle voit avec faveur cesser l'exception elle-même ; elle permet un retour aux anciennes conventions : pour mieux encore sauvegarder le principe de l'immutabilité, elle décide

---

1. Planiol, *op cit.*, III. 719.

que le régime rétabli sera censé n'avoir jamais été interrompu, sans préjudice cependant des droits régulièrement acquis par les tiers (1451, C. civ.).

Pour les époux divorcés et remariés, c'est l'article 295 du Code civil qui décide d'établir entre eux le même régime que par le passé ; mais il n'établit la rétroactivité qu'au jour de la célébration du premier mariage.

II. *De l'absence.* — L'absence ne dissout point le mariage ; mais la loi permet de déroger au principe de l'immutabilité parce que les rapports des époux sont sensiblement modifiés par l'absence de l'un d'eux ; les règles adoptées par eux dans le contrat de mariage n'ont souvent plus de raison d'être, elles deviennent gênantes.

Il y a trois périodes dans l'absence :

Pendant la première, qui s'appelle la période de présomption d'absence, la situation des époux n'est point modifiée. Si la femme est absente, le mari garde ses pouvoirs de gestion et il fera les actes d'administration courante sur les biens dont il n'a pas la gestion, mais en cas de nécessité il pourra recourir au tribunal pour obtenir l'autorisation de faire les actes les plus importants. Si c'est le mari qui est absent la femme aura les mêmes droits sur la communauté et les propres du mari.

La seconde période commence cinq ou onze ans, suivant les cas, après la disparition ou les dernières nouvelles et se termine trente ans à partir de la déclaration d'absence ou s'il y a cent ans depuis la

naissance de l'absent. C'est la période qui s'appelle de déclaration d'absence et d'envoi en possession provisoire ; elle suppose que les probabilités de vie et de mort se balancent. Dans cette période l'époux commun peut opter pour la continuation de la communauté, il empêchera ainsi l'envoi en possession provisoire et recouvrira l'administration des biens de l'absent et de la communauté. Dans ce cas il faut distinguer les pouvoirs du mari et ceux de la femme. Si la femme est l'absent, le mari conserve les mêmes pouvoirs que ceux dont il jouissait avant l'absence. Si le mari est l'absent, la femme administre ses propres, ceux du mari et les biens communs ; mais sur ces derniers elle n'a que le pouvoir d'un envoyé en possession provisoire.

Dans le cas où l'époux présent demande la dissolution de la communauté, il exercera ses reprises et ses droits légaux ou conventionnels en donnant caution pour les choses susceptibles de restitution.

La troisième période commence trente ans après la déclaration d'absence ou bien à l'époque où il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent ; c'est la période de l'envoi en possession définitif. Dans ce cas on admet généralement que la communauté est rétroactivement supposée dissoute au jour du décès de l'absent, de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, si on apprend que l'absent est mort ou que l'envoi en possession définitif a été prononcé. Mais si au contraire l'absent reparait, le régime sera censé n'avoir jamais été écarté ; il continuera à s'ap-

pliquer à l'association conjugale. Donc ici, comme sous la séparation de biens judiciaire, la loi s'efforce de sauvegarder dans la mesure du possible le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales.

III. — *Dissolution de la communauté en cas de faillite ou déconfiture du mari.* — Dans ce cas l'article 1446 permet aux créanciers de la femme d'exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. Donc vis-à-vis d'eux la communauté est dissoute et la femme est censée renonçante. C'est une véritable dérogation au principe de l'immutabilité. Cette dérogation n'a point lieu à l'égard des époux et ne produit ses effets que vis-à-vis des créanciers, mais le principe de l'immutabilité a une portée absolue et il s'impose aux tiers comme aux époux.

L'opinion générale interprète l'article 1446 dans le sens que les créanciers du mari peuvent seulement exercer les reprises de la femme, et par suite les faire liquider sans avoir une séparation partielle, mais en se faisant colloquer à concurrence de leurs créanciers dans la liquidation des biens du mari (1).

IV. — On invoque comme une exception à l'article 1395 les lois des 2 juillet 1862 (art. 46) et 16 septembre 1871 (art. 29).

D'après ces deux lois, dans le cas où un remploi doit être fait en immeubles, la personne qui fait le

---

1. Aubry et Rau, V, § 589, p. 506. Colmet de Santerre, VI, n° 95 bis 4.

remploi peut acheter des rentes sur l'Etat. Mais il faut voir dans ces lois des dispositions qui sont destinées à favoriser le crédit de l'Etat, et non une exception au principe de l'immutabilité. Les époux pourront toujours insérer dans leur contrat de mariage une clause prohibant ces emplois en rentes sur l'Etat.

V. — Avec plus de raison, c'est l'article 960 du Code civil qui applique la révocation pour survenance d'enfants aux donations faites par le contrat de mariage, par autres que par les ascendants aux conjoints ou par les conjoints l'un à l'autre qui peut être considéré comme une exception au principe de l'immutabilité. Mais une telle modification est faite sans la volonté des époux et même sans celle du donateur. Si le donateur avait subordonné la donation à une condition casuelle quelconque, ce qui n'est pas défendu et ne porte aucune atteinte à l'immutabilité, le résultat était le même.

VI. — D'après l'article 1408, si la femme, qui n'avait qu'une part indivise, a acheté l'immeuble entier par licitation ou autrement, la femme peut, à la dissolution de la communauté laisser l'immeuble en communauté, ou le revendiquer comme un de ses propres. Par conséquent, contrairement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la femme peut donc se constituer un propre à sa volonté.

VII. — L'article 6 de la loi du 9 avril 1881 qui permet aux femmes mariées de se faire délivrer des livrets

de caisse d'épargne et de faire des dépôts et des retraits de fonds sans l'autorisation de leur mari, ne peut être considérée comme une dérogation au principe de l'immutabilité. On dit que la femme agit en vertu d'un mandat tacite de la part de son mari et non en son nom propre. C'est généralement admis. Mais il faut remarquer que le mari ne peut s'opposer au dépôt fait par la femme qui possède le droit d'user sans contrôle de l'argent pris dans la caisse commune, et par conséquent les sommes par elle versées constituent un véritable droit propre.

D'autre part le mari qui aurait la faculté de faire une opposition au retrait, n'en a pas, en fait, la possibilité, parce que les caisses d'épargnes ne lui indiquent pas si la femme a de l'argent déposé. Comme M. Planiol dit, la femme a donc à sa disposition une sorte de « Caisse noire » (1).

Mais cette dérogation au principe, qui est faite sans la volonté du législateur, parce qu'il voit toujours un mandat tacite de la part du mari, est de peu d'importance, car les sommes déposées aux caisses d'épargne ne peuvent excéder 1500 francs. Mais le nombre des femmes mariées possédant un livret de caisse augmente sans cesse.

Tels sont les plus importants exemples où l'on pourrait voir un changement et une exception au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. «

---

1. Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 273 et 1045.



## SECONDE PARTIE

### Le principe de l'immutabilité et les législations étrangères

---

Nous avons montré dans la première partie que l'immutabilité des conventions matrimoniales consiste dans l'impossibilité pour les époux de modifier leur contrat, après la célébration du mariage, quel que soit le régime adopté. Elle suppose donc la liberté des conventions matrimoniales. C'est le système du droit civil français.

Dans les autres législations, l'immutabilité des conventions matrimoniales apparaît très rarement comme une prohibition spéciale. Ce principe d'immutabilité, admis en France comme un dogme, n'est pas admis par toutes les autres législations étrangères.

Nous insisterons davantage sur le droit allemand et sur le Nouveau Code civil suisse. Puis nous exposerons les législations qui admettent la règle de l'immutabilité et enfin nous étudierons les conflits des lois auxquels peuvent donner lieu les articles 1394 et 1395 du Code civil français.

## CHAPITRE I

### Le Droit civil allemand

Pour bien comprendre le système du Code civil allemand il faut y jeter un rapide coup d'œil et noter quels sont en général les divers régimes matrimoniaux en Allemagne.

L'entrée en vigueur du nouveau Code civil allemand a ouvert aux pays de l'Empire une ère juridique nouvelle. Des savants commentateurs ont déjà montré l'importance de cette nouvelle codification. « Le Code civil allemand, dit M. Saleilles (1), aura été l'œuvre juridique la plus considérable du siècle qui vient de finir. Non seulement il résume à lui seul tout le mouvement scientifique du xix<sup>e</sup> siècle, mais il paraît destiné à servir de point de départ à une nouvelle évolution générale du droit, comparable, toutes proportions gardées, à ce qu'avait été le développement scientifique issu de l'apparition du Code civil français à l'aube du xix<sup>e</sup> siècle. Il deviendra, au point de vue de l'influence comparative, une source d'inspi-

---

1. Saleilles. *Introduction à l'étude du dr. civ. all.*, p. 3.

ration du mouvement juridique. Le nouveau Code civil allemand est destiné à exercer une influence prépondérante sur le mouvement de réformes législatives. »

Voyons maintenant quels sont les divers régimes matrimoniaux en Allemagne. Avant la codification du nouveau Code allemand, une diversité des régimes matrimoniaux était en vigueur. Le nouveau code avait à choisir entre deux voies : Ou bien le code admettait plusieurs systèmes, s'adaptant aux principaux groupes, établis en Allemagne, et laissait à l'Empire ou aux Etats particuliers le soin de désigner lequel des régimes serait adopté dans tel ou tel district (système régional), ou bien le Code réglait la matière d'une manière uniforme pour tout l'Empire. C'est ce dernier système qui a prévalu. En comparant les deux législations, française et allemande, nous voyons que le législateur allemand a de même adopté un régime légal uniforme, basé sur l'idée de l'administration commune des biens des époux, et s'adaptant à la loi civile prussienne, a supprimé d'un seul coup l'inextricable variété qui régnait en cette matière. Mais de même que le Code français, le Code allemand a organisé un certain nombre d'autres régimes, en laissant aux époux la faculté d'adopter celui d'entre eux qui leur plairait.

Comme régime légal, c'est le régime de l'administration commune qui a prévalu, à raison de sa grande extension. C'est un système très pratique. Il est fondé, comme la communauté d'acquêts,

dans l'idée que le mariage ne doit en rien influencer la compétence des époux sur leurs biens, que les revenus de la fortune des époux devront servir aux charges du ménage, et qu'enfin, pour atteindre ce but, l'administration du tout devra revenir au mari comme chef de famille. Cette idée trouve ensuite son développement dans la disposition que les revenus de la fortune, ainsi que le gain, acquis pendant le mariage, deviennent la seule propriété du mari sous l'obligation de satisfaire aux charges du mariage. Il paraît que ce système est injuste de priver la femme du fruit de son travail et du gain commun, mais elle est largement compensée par la part, accordée à la femme, dans la succession du mari.

Quant au régime dotal, dans toute sa pureté il n'a jamais pénétré en Allemagne. Il répugne aux idées germaniques et l'on ne rencontrera même pas le mot « dot » dans le Code civil (1).

1) RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL DES BIENS. — Conformément à l'article 1363 du Code civil allemand, par le seul fait de la conclusion du mariage, le patrimoine (apports) de la femme est soumis à l'administration et à la jouissance du mari. Les apports de la femme comprennent aussi les biens qu'elle acquiert pendant le mariage. A cette règle il y a des exceptions.

L'article 1364 prévoit que l'administration et la jouissance du mari n'ont pas lieu, lorsque la femme n'a qu'une capacité de contracter restreinte et s'est

---

1. *Code civil all.* Meulenaere, traduc., page 370.

mariée sans le consentement de son représentant légal. Dans ce cas il y a entre les époux séparation de biens régie par l'article 1426 du Code civil allemand.

Une seconde exception est prévue par l'article 1365 du Code civil allemand. Cet article dit : L'administration et la jouissance du mari ne s'étendent pas aux biens réservés de la femme. Ces biens sont de différentes sortes : Biens réservés en vertu de la loi, biens réservés par le contrat du mariage et ceux réservés par la subrogation.

*Biens réservés de la femme.*— D'après l'article 1366 du Code civil allemand, seront biens réservés, en vertu de la loi, tous les biens que la femme acquerra par son travail ou l'exploitation personnelle d'une industrie. C'est une innovation du Code civil allemand car d'après Landrecht, II, 1, § 211, et le Code civil saxon, le produit du travail de la femme est également soumis à l'administration et à la jouissance du mari. D'après les auteurs du Code, lorsque la femme fait plus que ce qu'elle doit légalement, conformément à l'article 1356, il serait injuste de ne pas lui donner le droit de disposer librement de ce qu'elle a gagné. Ce principe nouveau donne une satisfaction légitime à l'évolution féminine. Sont également réservés les biens acquis par la femme par succession et legs, donation entre vifs si le testateur ou le donateur les a déclarés réservés.

Quant à l'administration de ces biens c'est la femme qui l'a sans le concours de son mari. Elle peut en disposer, en percevoir les fruits et les dépenser.

Mais il est juste que la femme emploie les revenus aux charges du mariage en tant que le mari ne reçoit pas, par l'usufruit des apports, une contribution suffisante (art. 1371 C. civ. all.).

En ce qui concerne les créanciers de la femme ils ont le choix de se tenir, soit aux apports, soit aux biens réservés.

*Les apports.* — Les apports de la femme nommés plus haut, sont soumis à l'administration et la jouissance du mari. Il peut se saisir de ces biens mais il doit rendre compte de sa gestion, lorsque la femme le désire. Il est responsable de la négligence apportée dans l'administration des biens de la femme mais seulement après la dissolution du mariage (art. 1363, 1373, 1374, 1394 C. civ. all.). Les créanciers du mari ne peuvent se faire payer sur les apports de la femme. Les apports de la femme ne répondent des obligations faites par celle-ci, postérieurement au mariage, que si le mari a consenti ou si la stipulation a effet contre lui en dehors du mariage conformément aux articles 1410, 1412 du Code civil allemand.

Cependant le mari peut disposer, sans le concours de la femme, de l'argent et d'autres choses fongibles. Il peut poursuivre judiciairement en son propre nom un droit faisant partie des apports; s'il est autorisé à disposer de ce droit, sans le concours de la femme, le jugement produira des effets pour et contre celle-ci (§ 1380).

Si, pour l'administration régulière des apports, un acte juridique s'impose, pour lequel le mari a besoin

du consentement de la femme, le consentement peut être suppléé par le tribunal des tutelles, si le refus de la femme n'est pas motivé, ou si elle est empêchée par suite d'absence ou de maladie (art. 1379 C. civ. all.).

En percevant les fruits des apports, le mari est tenu de supporter les frais de la conservation des biens apportés, ainsi que les charges publiques et privées incombant à la femme à raison de ces mêmes biens (art. 1386-1388 C. civ. all.).

Le mari a les charges du ménage qui doivent être satisfaites premièrement avec les revenus des biens apportés (1389 et 1390 C. civ. all.). La femme ne peut disposer d'un bien apporté sans le concours de son mari. Les actes unilatéraux par lesquels elle disposerait d'un bien apporté sans le consentement du mari seraient nuls et sans effets. Le mari devra être saisi par un acte unilatéral relatif aux apports ; le mari et la femme devront l'être conjointement, lorsque l'acte est relatif à une obligation de la femme (art. 1395, 1398, 1403 C. civ. all.).

Il faut ajouter encore, en ce qui concerne l'article 1395 du Code civil allemand et les suivants, que c'est pour garantir le droit d'administration et de jouissance du mari que le Code allemand, par ces articles, établit une véritable indisponibilité à l'encontre de la femme et relative à ces biens apports. Cette indisponibilité ne ressemble point à celle de la dot de droit français ; elle est toute relative. La femme ne peut disposer toute seule de ses biens

apports ; il lui faut le consentement du mari. Au cas de dot, au contraire, les deux époux ne peuvent aliéner les immeubles dotaux.

Est-ce une indisponibilité ou une incapacité que celle des biens apports de la femme ? En principe, ce n'est pas là une incapacité ; la femme se mariant, n'a pas entendu être atteinte et diminuée dans sa capacité juridique ; seulement, pour mieux assurer les droits du mari, chef du ménage, on a frappé les biens de la femme d'une indisponibilité purement relative, et dans l'intérêt du mari.

Par conséquent, si la femme vend, sans le consentement du mari, un immeuble à elle à un tiers de bonne foi, qui a ignoré traiter avec une femme mariée, ce tiers sera couvert et garanti par l'inscription aux livres fonciers (1). Comme conséquence, on aurait dû permettre au mari de se prémunir contre ce danger : le seul moyen aurait été de faire inscrire le régime matrimonial au livre foncier pour révéler au tiers l'indisponibilité des apports de la femme. Cependant, il n'en est question nulle part, parce que l'article 1404 assimile sur ce point, l'indisponibilité provenant du régime matrimonial à ce que serait une véritable incapacité personnelle. Cet article déclare que les restrictions imposées à la femme, en matière de régime matrimonial, sont toujours opposables aux tiers, même de bonne foi. Si une femme vend un bien apport, un immeuble, en dissimulant

---

1. M. Saleilles dans son Cours de Législation comparé de 1906,

sa qualité de femme mariée, l'aliénation est toujours nulle et viciée comme au cas d'incapacité. C'est que le livre foncier n'est pas du tout destiné à révéler la situation de famille des propriétaires avec qui on traite, il révèle les droits eux-mêmes ; les tiers n'ont qu'à se renseigner au moyen des actes de l'état civil (1).

La femme a la capacité de s'obliger par contrat et d'ester en justice sans le consentement du mari ; cependant la femme ne peut poursuivre en justice un droit faisant partie des apports, sans le consentement du mari (art. 1399 et 1400 C. civ. all.).

Le consentement du mari n'est pas nécessaire pour accepter ou répudier une succession ou un legs, pour refuser une proposition de contrat, pour continuer un procès en cours. C'est le cas où la femme est autorisée à exercer personnellement une industrie professionnelle (art. 1405-1407 C. civ. all.).

Elle peut s'en passer en cas de maladie ou de l'absence du mari (art. 1401-1402). Le mari peut être contraint, si la femme le demande, de fournir une garantie pour la bonne gestion (art. 1391-1392).

Le droit d'administration et d'usufruit, appartenant au mari relativement aux apports, n'est pas cessible. Lorsque le mari vient à être mis sous tutelle, son tuteur exercera ses droits conformément aux arti-

---

1. Les livres fonciers. Cours de M. Saleilles de 1906 pour le Doctorat.

cles 1408 et 1409 du Code civil allemand. La femme peut introduire une demande en cessation de l'administration et de l'usufruit du mari, lorsque ses apports sont mis en péril, lorsque le mari contrevient à l'obligation de fournir l'entretien à sa femme et aux descendants communs, et finalement lorsqu'on lui nomme un curateur. Le tribunal compétent est le tribunal civil de première instance. Si le mari est déclaré en faillite, ses droits cessent de plein droit (art. 1418 et 1419 C. civ. all.).

Les droits du mari cessent au jour où le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée. En comparant sur ce point les deux législations nous voyons qu'en droit français le jugement qui prononçait la séparation de biens remontait, quant à ses effets, au jour de la demande. C'est ce que disent les articles 1445 et suivants du Code civil français. En outre l'article 1444 du Code civil français décide que le jugement ne produirait pas d'effets contre les tiers, s'il n'y avait exécution dans la quinzaine qui suivait le jugement. Cette dernière disposition est en partie remplacée dans le droit allemand par la règle que la séparation de biens devra être transcrite dans le registre des conventions matrimoniales conformément aux articles 1431 et 1435 du Code civil allemand. Le droit des créanciers d'intervenir dans le procès de séparation de biens n'a pas été sanctionné par le droit civil allemand comme le Code français. Cependant les créanciers peuvent attaquer pendant deux ans une liquidation faite en fraude de leurs droits en

vertu de l'article 3, n° 4, de la loi du 21 juillet 1879.

A la fin de l'administration, le mari doit restituer les apports et rendre compte de sa gestion (art. 1421 C. civ. all.)

Lorsque l'interdiction ou la curatelle en raison desquelles l'administration et l'usufruit du mari ont été levés, sont elles-mêmes révoquées ou, lorsque la décision, prononçant l'interdiction, a été cassée, le mari peut introduire une demande en rétablissement de ses droits. Il sera restitué du jour où le jugement aura acquis l'autorité de la chose jugée (art. 1425 C. civ. all.).

Le Code français prévoit le rétablissement de la communauté dissoute par la séparation de biens, au moyen d'un acte notarié passé entre les époux et les choses seraient remises dans le même état, que s'il n'y avait point eu de séparation conformément à l'article 1451 du Code civil français.

La loi allemande est muette à ce sujet.

En cas de séparation de biens, le mari doit supporter les charges du ménage, mais la femme doit y contribuer. Cette dernière peut garder la part contributoire pour elle-même, s'il y a péril en demeure, quant à son entretien personnel ou si le mari est pourvu d'un curateur. Si la femme paye une dépense commune avec ses biens, il faut présumer en cas de doute qu'elle n'a pas l'intention de se faire indemniser. Et si malgré la séparation de biens, elle abandonne en tout ou partiellement ses biens à l'administration du mari, celui-ci peut, après avoir

payé les frais de l'administration régulière et les charges incombant de ce fait à la femme, employer à son gré les revenus qu'il perçoit pendant son administration (art. 1429-1430).

En vertu de l'article 1435 du Code civil allemand les tiers ne sont saisis de la séparation de biens et du rétablissement des droits du mari, que lorsqu'ils sont transcrits au registre des séparations de biens. Jusqu'à ce moment-là ces faits ne produisent d'effet contre eux.

Ce sont à peu près, dans le régime matrimonial légal, les biens soumis à l'administration et à la jouissance du mari, les biens réservés de la femme, les règles de l'administration et de la jouissance du mari, les pouvoirs et les responsabilités des époux et la fin de l'administration et de la jouissance du mari. Passons maintenant au régime contractuel des biens matrimoniaux.

## 2) **La communauté universelle des biens.**

Dans la communauté universelle les deux époux n'ont qu'un seul patrimoine. Ils en sont copropriétaires absolus dans le sens du principe germanique de la *Gesammte Hand*. Cette communauté n'existe qu'en vertu du contrat du mariage et ne forme pas le régime légal. Dans les pays où elle forme le régime légal elle a pour but de régler les rapports patrimoniaux des époux de la manière la plus conforme à

l'intérêt général, de favoriser le crédit des époux et de donner plus de garanties à leurs créanciers. Dans la communauté contractuelle, ce but n'est pas perdu de vue, mais il reste davantage à l'arrière-plan par rapport à l'intérêt des époux eux-mêmes et à leurs relations entre eux. En ce qui concerne les tiers, il ne peut être question que d'adopter le règlement le plus simple et celui qui protège les droits des tiers, spécialement des créanciers, au moins dans la même mesure où ils le sont dans le régime légal. Aucun bien n'est exclu de la communauté, sauf ceux indiqués par l'article 1439, mais les deux époux peuvent avoir des biens réservés qui restent soumis aux règles établies pour la séparation de biens comme nous verrons tout-à-l'heure (1).

*Etablissement de la communauté.* — Elle ne peut être établie entre les époux que par un contrat de mariage. Et si l'un des époux est restreint dans sa capacité de contracter, le contrat doit être sanctionné par le représentant légal, et même, homologué par le tribunal, si l'époux mineur est sous tutelle (art. 1437 C. civ. all.). La différence principale entre la communauté universelle du Code allemand et la communauté du Code français consiste en ce que, dans cette dernière, les biens meubles entrent seuls dans la communauté et que les biens immeubles en sont exclus ; tandis que la communauté universelle du droit allemand ne fait aucune différence entre la

---

1. De Meulenaere, *Code civil allemand*, p. 389 etss.

nature des biens. Les biens du mari et les biens de la femme deviennent biens communs sans qu'un transport de ces biens soit nécessaire. Aucun des époux ne peut disposer de sa part dans la communauté et des biens qui en dépendent, ni en demander la liquidation (art. 1438-1442 C. civ. all.).

*Biens des époux et leurs droits sur les biens communs.* — Nous avons montré plus haut (art. 1438 C. civ. all.) la composition de la communauté. De ces biens sont exclus comme n'entrant pas dans la communauté : les biens qui ne peuvent être aliénés, tels que les fiefs, les fidéicommiss, les privilèges personnels, etc. Il en est de même des biens réservés par contrat de mariage, ou de ceux acquis postérieurement à titre de réserve. La femme doit contribuer, sur les biens réservés, aux charges du ménage. Quant au reste, elle a l'administration de ses biens réservés, comme s'il y avait séparation de bien, tandis qu'en droit français l'administration de ces biens, en vertu de l'article 1428 du Code civil français, revenait également au mari (art 1439-1444 C. civ. all.).

Si l'administration des biens communs appartient au mari, il est en droit de se saisir de tous les biens qui en dépendent, et il poursuit, en son nom personnel, les litiges qui y sont relatifs. La femme n'est personnellement obligée par les actes d'administration du mari, ni envers celui-ci, ni envers les créanciers. Elle ne répond pas des dettes du mari (art. 1443 et 1459 C. civ. all.).

Tandis qu'en droit français le droit d'administration du mari est illimité, en droit allemand il est soumis à quelques restrictions. Ainsi il ne peut disposer de la fortune commune à titre universel, ni aliéner un immeuble qui en dépend, sans le concours de sa femme. Le mari ne peut faire aussi aucune donation sur les moyens de la fortune commune, à l'exception de celles qui sont dictées par un devoir moral ou les convenances. Cependant le consentement de la femme peut être suppléé dans ces affaires par le tribunal des tutelles (Comparer les art. 1444-1448 C. civ. all. et l'art. 1421 C. civ. franç.).

Dans son administration le mari n'est pas responsable envers sa femme que des actes frauduleux et de la diminution de la fortune commune, subie par un acte passé au mépris du concours de la femme conformément à l'article 1456 du Code civil allemand.

Au contraire, en vertu de l'article 1455 du Code civil allemand, le mari a droit à une indemnité, selon les règles relatives à l'enrichissement sans cause. Si les biens communs se trouvent enrichis par un acte passé sans le concours nécessaire de la femme.

Il en est de même de la femme. L'administration du ménage appartient à la femme (art. 1448-1449). La femme peut, sans le consentement du mari, accepter ou répudier une succession ou un legs, continuer un procès pendant et traiter les affaires concernant l'exercice personnel d'une profession industrielle (art 1450-1453 C. civ. all.).

En droit français l'autorisation du mari est nécessaire à tous les actes que la femme passe (art. 1427 C. civ. franç.).

Comme en droit français, le mari répond solidairement des obligations de la femme, lorsque ces obligations sont contractées en vue de la communauté de biens. Cependant dans leurs rapports mutuels, les époux restent tenus, chacun pour son compte, des obligations qui résultent d'un fait illicite ou d'une procédure pénale, de celles dont les biens réservés sont grevés et de frais de procès, concernant un litige relatif à ces mêmes biens. Il en est de même des frais de procès entre eux et des frais de procès entre la femme et un tiers, enfin de la dot constituée par le mari à un enfant, lorsque cette dot dépasse les moyens de la communauté (art. 1463-1465 et 1459 C. civ. all.). Par conséquent toutes les dettes de la communauté sont dettes du mari, la femme n'en est pas tenue personnellement. Les dettes de la femme deviennent dettes de communauté dans les cas où elles seraient à la charge des apports sous le régime légal ; dans les autres cas la communauté n'en répond que si elle se trouve enrichie comme nous avons déjà montré plus haut. Enfin dans les rapports des époux entre eux, les biens communs répondent également des dettes communes, à part les exceptions prévues (art. 1463-1465 C. civ. all.) (1).

---

1. Meulenaere, *Code civ. all.*, p. 391 et ss.

*Dissolution de la communauté.* — A la différence du droit français qui permet seulement à la femme de demander la séparation de biens, le droit allemand donne également ce droit au mari, lorsque les obligations de la femme sont de nature à compromettre gravement le gain futur de celui-ci. Les motifs de séparation sont analogues à ceux du droit français et sont prévus pour la femme dans l'article 1468 du Code civil allemand et 1469 du Code civil allemand pour le mari.

Lorsque la communauté a pris fin, il y aura lieu d'en poursuivre la liquidation, et l'administration de la communauté revient aux deux époux conjointement (art. 1472 C. civ. all.).

Lors de la liquidation, on paie d'abord les dettes de la communauté, puis on calcule les reprises que la communauté peut exercer contre l'un des époux et celles que les époux peuvent exercer contre la communauté. L'excédent se partage par parts égales entre les deux époux (art. 1475-1476 C. civ. all.). Chaque époux peut retirer les objets qu'il a apportés et ceux destinés à son usage spécial en tenant compte de leur valeur (art. 1477).

Si le mariage est dissous par divorce et que l'un des époux a été déclaré seul coupable, l'autre peut demander que chaque époux reçoive d'abord la valeur des choses qu'il a apporté en mariage ; et si la valeur de la communauté ne suffit pas à satisfaire les deux époux, chacun d'eux supporte la moitié du déficit (art. 1478 C. civ. all.). Le même droit appar-

tient à l'époux, dont la démence a causé la dissolution de la communauté.

*Païement des dettes.* — Après le partage des biens communs, chacun des époux reste naturellement tenu comme débiteur personnel de toutes les dettes de communauté nées de son chef et qui sont restées impayées. Quant à l'autre époux, les créanciers n'auraient aucune action contre lui si ce n'est en se faisant subroger à l'action que pourrait avoir contre lui leur débiteur du chef de l'enrichissement sans cause résultant d'un partage inégal. De là pour les créanciers un préjudice que le Code a voulu écarter en disposant que si une dette commune est restée impayée, les créanciers ont une action directe et solidaire même contre l'époux qui n'était pas tenu personnellement, mais seulement jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1480 C. civ. all.) (1).

Lorsque, dans la liquidation, l'on a omis de payer une dette de la communauté, le créancier peut demander le paiement de la dette, même à celui des époux qui ne lui était pas personnellement obligé, jusqu'à concurrence de ce qu'il a retiré des biens communs (art. 1481 C. civ. all.). Le Code civil français assure à la femme une protection efficace contre les exigences des créanciers, en lui donnant le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer (art. 1453 C. civ. fr.). Le Code allemand permet à la femme de refuser le paiement des dettes au delà de son émolu-

---

1. Meulenaere, page 400, *op. cit.*

ment ; mais elle est tenue, dans ce cas, de faire abandon de sa part aux créanciers par la voie de procédure en exécution forcée (art 1480-1990-1991 C. civ. all.). Le mari a, par forme, un droit analogue, mais ce droit ne paraît pas efficace, puisqu'il répond personnellement des dettes de la communauté, contractées par la femme à l'exception de celles relatives aux biens réservés (art. 1459-1461 et 1462 C. civ. all.). En outre, le mari est tenu de désintéresser personnellement les créanciers, si lors de la liquidation le paiement d'une dette de la communauté a été omis et si cette dette incombait, quant aux rapports mutuels des époux, à la communauté ou au mari. La femme est tenue de la même obligation si la dette lui incombait à elle-même (art. 1481 C. civ. all.).

*Dissolution de la communauté par la mort de l'un des époux.* — L'article 1482 du Code civil allemand nous dit que si le mariage est dissous par la mort de l'un des époux, et s'il n'existe pas des descendants communs, la part du prédécédé dans les biens communs appartient à sa succession. La succession du prédécédé est dévolue d'après les dispositions générales.

Cette disposition répond au droit français, qui règle dans l'article 767 du Code civil réformé par la loi du 9 mars 1891, les droits du conjoint survivant. La succession est alors dévolue aux héritiers, conformément aux règles générales du droit de succession. Mais le Code allemand est plus favorable au conjoint survivant que le Code français. En effet, le con-

joint hérite, s'il vient en concours avec des descendants, du quart, et s'il vient en concours avec des parents ou des grand-parents de la moitié et même en certains cas des trois quarts, et il exclut les parents d'un ordre plus éloigné. Tandis qu'en droit français, le conjoint survivant cède le rang à tous les parents successibles, quel que soit leur degré, et n'avait qu'un droit d'hérédité inefficace, qui excluait l'Etat de la saisie de la succession (art. 1482-1931 C. civ. all.).

Suivant l'article 1453 du Code civil français, une liquidation de la communauté s'imposait après le décès du conjoint entre les parents de celui-ci et le conjoint survivant. La femme n'avait que le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer.

Le Code allemand a pris une solution toute différente en harmonie avec la législation de plusieurs Etats particuliers, entre autres avec celles de Lübeck, du Schlesmig-Holstein et de la Westphalie (loi du 16 avril 1860). Le décès de l'un des conjoints n'entraîne pas une liquidation de la communauté, les descendants communs viennent immédiatement en lieu et place du conjoint décédé à titre de sociétaires de la communauté, restant indivisé entre eux et le conjoint survivant. Celui-ci acquiert, quant à la communauté, en principe les mêmes droits que ceux qui compétaient au mari pendant la durée de la communauté conjugale de manière à ce que la liquidation se fasse postérieurement sur le pied de l'actif existant au moment du partage. Le droit du conjoint survivant dure régulièrement jusqu'à son décès ou

jusqu'à la conclusion d'un second mariage, tandis que la situation des descendants est analogue à celle qu'occupait la femme pendant le mariage (art. 1483-1485 et 1487-1489 C. civ. all.).

Cependant les biens que l'un des descendants communs possède, lors de la continuation de la communauté, ou ceux qu'il acquiert postérieurement, ne tombent pas dans la communauté (art. 1485). De même le conjoint survivant garde ses biens réservés et peut encore en acquérir (art. 1486).

La renonciation à la communauté continuée est réglée par l'article 1484 du Code civil allemand qui doit être expresse, non conditionnelle ni restreinte à une partie seulement des biens.

Quant aux droits et obligations des intéressés, les dettes de la communauté continuée, le décès d'un descendant cointéressé, la renonciation d'un descendant cointéressé et la fin de la communauté continuée, ils sont régis par les articles 1487 jusqu'à l'article 1518 du Code civil allemand.

3) LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ D'ACQUÊTS. — Sous ce régime, tout ce que les époux acquièrent pendant le mariage, soit par leur industrie personnelle, soit comme fruits et revenus de leurs apports, devient commun, mais il y a aussi communauté complète des dépenses et des charges du ménage. Les législations en vigueur ont consacré ce principe sous deux formes principales. Dans l'une, tout dépend de la liquidation qui suit la dissolution de la communauté; à ce moment les comptes, les rapports et les récompen-

ses se règlent, et l'excédent se partage entre les époux. Dans l'autre système, suivi par le code, tout ce qui s'acquiert pour la communauté forme, durant l'existence même de cette dernière, une masse patrimoniale distincte, régie par les mêmes principes que la communauté universelle (art. 1519, al. 2, comp. avec 1438, al. 2 et 3 ; 1442-1443-1453 à 1457) (1).

Il y a quatre masses de biens à considérer : *a*) Les biens réservés de la femme, au sujet desquels il y a séparation de biens ; *b*) Les apports du mari ; c'est-à-dire les biens qui lui appartiennent lors de l'ouverture de la communauté ou ceux qui ont été déclarés comme tels par le contrat du mariage, ensuite ce qu'il acquiert par cause de mort, ou en égard à un droit de succession futur, par donation ou mort, à l'exception des acquisitions qui, d'après les circonstances sont à considérer comme revenus ; ensuite les objets qui ne sont pas cessibles, ainsi que les droits qui s'éteignent par son décès ou dont l'acquisition dépend du décès de l'un des époux, et finalement, ce qu'il acquiert en vertu d'un droit faisant partie de ses apports ou comme indemnité pour la perte ou la détérioration d'une chose apportée (art. 1520-1524 C. civ. all.). Le mari a l'administration de ces apports, mais les revenus tombent dans la communauté ; *c*) Les apports de la femme. La possession, l'administration en reviennent au mari, mais les revenus tombent aussi dans la communauté. Au sur-

---

1. Meulenacre, *op. cit.*, page 412 et ss.

plus le mari est restreint dans le droit de disposer des apports de la femme, de même que sous le régime légal de la communauté d'administration ; d) Le bien commun, qui se compose, comme en droit français, du gain personnel des époux et de tout ce qui s'acquiert à titre de revenu des apports ou à titre d'épargne (art. 1512-1525). C. civ. all. et art. 1498 C. civ. fr.

Conformément à l'article 1529 du Code civil allemand les dépenses du ménage et les charges des apports, les charges publiques et privées, incombent au bien commun. Le Code français dans l'article 1499 du Code civil contient une présomption dans le sens que le mobilier existant fait partie de la communauté s'il n'a pas été constaté par un inventaire ou état en bonne foi ; dans le droit allemand cette présomption s'étend à tous les biens appartenant aux époux. Cependant il y a une disposition qui répond au droit français et en vertu de laquelle les époux pourront se garantir contre cette présomption par un inventaire ; c'est l'article 1528 du Code civil allemand qui contient cette disposition.

Suivant l'article 1530 du Code civil allemand toutes les dettes du mari sont dettes de la communauté sans qu'il soit nécessaire de distinguer, comme en droit français, si ces dettes sont antérieures ou postérieures au mariage. Les dettes de la femme, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de communauté universelle, ne sont pas, en général, à la charge de la communauté. Telles sont notamment les dettes nées avant le commencement de la communauté d'acquêts. Pour

poursuivre l'exécution forcée sur les biens communs, il faut un jugement rendu contre le mari. Par conséquent, suivant les articles 1531-1534 du Code civil allemand les biens communs ne répondent des obligations de la femme qu'en tant qu'elles ont été contractées en vue de la communauté ou en tant que le mari y a donné son concours, si ce concours était nécessaire pour que la stipulation produise des effets contre lui. Dans leurs rapports entre eux, chaque époux doit contribuer aux dettes de la communauté qui prennent naissance dans sa personne, en tant qu'elles résultent d'actes concernant les biens réservés ou apportés, ou les frais de procès qui y sont relatifs ; le mari contribue seul au paiement des dettes antérieures au mariage, ainsi qu'au paiement des obligations résultant des apports de la femme (art. 1535 et 1536 C. civ. all.). Enfin le mari supportera seul la dot donnée à un enfant commun et dépassant la mesure de la communauté conformément à l'article 1538 du Code civil allemand (Comparer cet art. avec les art. 1438 et 1439 C. civ. fr.).

Les époux peuvent demander la cessation de la communauté, dans les mêmes cas, et pour les mêmes raisons que sous le régime de la communauté universelle. Par la faillite du mari et par suite du décès de l'un des époux, la communauté cesse de plein droit et avec elle vient la séparation de biens entre les époux (art. 1542-1545 C. civ. all.).

Il faut ajouter que la faillite de la femme ne dissout pas la communauté.

Lorsqu'à la dissolution de la communauté d'acquêts, l'apport d'un époux se trouve enrichi aux dépens des biens de la communauté, ou lorsque ceux-ci se trouvent enrichis aux dépens des apports d'un époux, récompense est due par le patrimoine enrichi à l'autre patrimoine, sans préjudice des droits plus étendus provenant des causes particulières (art. 1539 C. civ. all.). En droit français les articles correspondants sont : 1403, 1406, 1408, 1409, a. 1 et 2, 1412, 1414, 1416, 1419, 1424, 1431, 1439, 1468, 1473, 1478, 1479, 1484, 1486, 1489, 1490, 1493, 1504.

Lorsque des choses qui se consomment ayant fait partie des apports de l'un ou de l'autre des époux, n'existent plus en nature, on présume qu'elles ont été consommées par la communauté et que celle-ci s'en est enrichie (art. 1540 C. civ. all.).

Les dettes que les époux doivent à la communauté et les indemnités que la femme doit aux apports du mari, ne sont à payer que lors de la cessation de la communauté. Mais la femme doit ces indemnités, avant ce terme, lorsque ses apports et ses biens réservés sont suffisants. En ce qui concerne les créances le mari ne peut exiger ce que lui doivent les biens de la communauté qu'à la dissolution de la communauté d'acquêts conformément à l'article 1541 du Code civil allemand.

Après la dissolution de la communauté d'acquêts, on poursuit la liquidation des biens de la communauté. Jusqu'à liquidation, les rapports juridiques

des époux se règlent conformément aux articles 1442-1472 et 1473 du Code civil allemand.

Lorsque la communauté d'acquêts prend fin par la faillite du mari la femme peut agir en rétablissement de la communauté. Le même droit appartient à l'époux déclaré décédé, s'il vient à reparaitre (art. 1547 C. civ. all.).

Le rétablissement de la communauté s'opère par jugement, le jour où celui-ci aura acquis l'autorité de la chose jugée. Pour produire des effets envers les tiers, il doit être transcrit au registre des conventions matrimoniales (art. 1548 C. civ. all.).

Le Code civil français ne contient pas une pareille action.

4) COMMUNAUTÉ DES MEUBLES ET ACQUÊTS. — Ce régime qui existe comme régime légal dans les contrées régies par le code Napoléon et par le droit badois et dans quelques autres localités, se rapproche plus de la communauté universelle que de la communauté d'acquêts. L'identité est même parfaite lorsque ni l'un ni l'autre des époux ne possède des immeubles. Aussi le code traite-t-il ce régime comme une communauté universelle. Tout ce que les époux possèdent lors de la conclusion du mariage et ce qu'ils acquièrent dans la suite, tombent en communauté, à l'exception des immeubles possédés lors de la conclusion du mariage ou acquis dans la suite à cause de décès (1).

---

1. Meulenaere, *op. cit.*, page 419 et ss.

Il se rattache entièrement à la communauté de droit français. Cependant le Code civil allemand donne une allure plus large à la subrogation réelle ; car tandis que le Code français exclut de la communauté seulement les immeubles acquis à titre d'échange contre des immeubles appartenant à l'un des époux, le droit allemand ne fait aucune différence entre meubles et immeubles ; tout ce qui est acquis au moyen d'un bien apporté, soit à titre d'indemnité pour la détérioration ou la perte d'un objet, soit par l'exercice d'un droit attaché à une chose propre, n'entre point en communauté.

En ce qui concerne le droit du mari de disposer des biens de la communauté le Code civil français par son article 1421 lui reconnaît un droit absolu de vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de la femme. Dans le Code allemand ce droit de disposer est beaucoup plus restreint qu'en droit français. Cependant le mari a le droit de constituer une dotation à un enfant commun, sans être tenu de ce fait à une indemnité, lorsque la dotation ne dépasse pas les moyens de la communauté. Il peut même constituer, dans les mêmes conditions, une dot à un enfant d'un autre lit, si la femme y consent conformément à l'article 1465 du Code civil allemand.

D'après l'article 1426 du Code civil français la femme a nécessité de l'autorisation de son mari pour accepter ou répudier une succession, un legs ou une donation, tandis qu'en droit allemand elle peut accepter

ou répudier sans avoir besoin de cette autorisation conformément à l'article 1453 du Code civil allemand. L'obligation des époux aux dettes de la communauté répond assez bien aux dispositions de la loi française, néanmoins les obligations, résultant d'un fait illicite, incombent toujours à l'époux dans la personne duquel ces obligations sont nées, tandis qu'en droit français, ce n'était le cas que relativement aux amendes encourues par le mari (art. 1463 C. civ. all. comparé avec l'article 1424 C. civ. fr).

Il y a encore une autre différence avec le droit français. Lorsque l'un des époux est encore sous tutelle, lors de la conclusion du contrat du mariage, l'homologation du tribunal des tutelles est prescrite pour la validité du contrat (art. 1437 C. civ. all.). Le mari ne peut se constituer de biens réservés (art. 1555). Il n'y a communauté continuée que si elle a été convenue par contrat de mariage. Sous ce régime, il n'y a pas de continuation légale de la communauté, dit l'article 1557 du Code civil allemand ; cela provient de ce que le droit français n'admet pas la continuation de la communauté après le décès de l'un des époux. Or, le régime dont il s'agit ici remplace la communauté mobilière du code Napoléon.

Tels sont les principaux régimes matrimoniaux en Allemagne d'après le Code civil allemand. Revenons maintenant à l'étude du contrat du mariage et spécialement de l'article 1432 du Code civil allemand et suivants.

LE CONTRAT DU MARIAGE. — D'après l'article 1434

du Code civil allemand, le contrat du mariage doit être conclu en justice ou devant un notaire en la présence simultanée des deux parties. Par conséquent le contrat de mariage est un acte solennel. Il faut remarquer une différence avec le droit français où le juge n'est pas compétent de recevoir un contrat de mariage conformément à l'article 1394 du Code civil français.

De même qu'en droit français, les époux ne pourront pas stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'un des régimes autrefois en vigueur, mais qui n'ont pas été adoptés par le code. Cela s'applique notamment au régime dotal qui a été passé sous silence. Cette disposition n'empêche pas que les époux pourront convenir, par contrat, de telle ou telle clause, qui figurait dans l'un des régimes abolis, ou qu'une dot ne puisse leur être constituée par leurs parents dans le sens du régime dotal.

Par conséquent, comme en droit français, les époux ont la faculté de régler leurs conventions matrimoniales par un contrat de mariage. Mais ici apparaît la différence capitale et qui fait le sujet de notre matière : tandis qu'en droit français le contrat de mariage ne peut être passé qu'avant la célébration du mariage et qu'il en était de même, d'une modification du contrat une fois passé, le Code civil allemand permet aux époux de faire ou de modifier un contrat de mariage non seulement avant, mais aussi après la conclusion du mariage. Voilà ce que dit l'article 1432 du Code civil allemand : *Les époux*

*peuvent régler par contrat (contrat de mariage) leurs rapports quant aux biens; spécialement, ils peuvent, même après le mariage, dissoudre ou modifier le régime de leurs biens.* La femme, dans ses rapports avec son mari est dispensée d'autorisation (art. 1406 C. civ. all.), par conséquent, liberté de traiter avec son mari sans nécessité d'aucune autorisation. La femme peut cautionner son mari ou des tiers. Les donations entre les époux sont permises, la vente aussi sans restrictions. Le législateur allemand ne redoute ni l'influence abusive d'un époux sur l'autre, ni la fraude à l'égard des tiers. Donc il n'apporte aucune entrave à la liberté de passer de conventions matrimoniales pendant le mariage. Cette faculté existait en Bavière (Landr. Bav. I, 6, § 29), en Prusse (Landr. II, 1, § 215, 251, 252, 354, 355, 412 et s.), en Saxe royale (Code saxe, 1691), en Wurtemberg (Land. Wurt. III, 8, § 2-3). Mais dans le Code badois existait une règle différente (art. 1394 et 1395) analogue au principe de l'immutabilité du droit français.

Voici les raisons données dans l'Exposé des motifs de la loi, qui ont fait maintenir cette faculté : « Plus est intime la communauté de vie créée par le mariage, plus il peut arriver que les époux se convainquent postérieurement au mariage des avantages supérieurs qu'aurait pour eux un autre régime que le régime légal ou le régime conventionnel choisi d'abord, il peut d'ailleurs survenir après coup des événements extérieurs de nature à rendre un changement désira-

ble. Ces considérations ne sauraient être écartées à bon droit par la seule crainte de voir un des époux abuser de la tendresse ou de la faiblesse de son conjoint, alors surtout que le projet a écarté toute disposition restrictive quant au cautionnement de la femme mariée et aux donations entre époux ». L'on se demandait s'il ne conviendrait pas de faire une exception au principe pour le cas où des époux songeraient à modifier après coup le régime de communauté, mais on a préféré organiser un système de publicité et donner satisfaction à l'intérêt des époux.

Voilà quelques exemples des modifications permises : Nous avons montré plus haut, à l'occasion du régime légal, que l'administration du mari et sa jouissance ne s'étendent pas aux biens réservés de la femme (art. 1365 C. civ. all.) et les articles 1366 et 1367 nous disent que les biens réservés sont légales, comme les vêtements, bijoux, instruments de travail, et ceux que la femme acquiert par son travail ou par l'exercice personnel d'une profession lucrative. Le Code civil allemand par l'article 1368 donne aux époux la possibilité de créer encore une espèce de biens réservés ; ils peuvent, en vertu de cet article et sans changer de régime, apporter à leur pacte matrimonial une modification importante à savoir : la femme peut déclarer pendant le mariage que tels biens soient réservés.

De même, nous avons dit qu'aucun bien n'est exclu de la communauté universelle des biens, sauf ceux indiqués par l'article 1439, c'est-à-dire ceux

qui ne peuvent être transmis par acte juridique, mais les deux époux peuvent avoir des biens réservés qui restent soumis aux règles établies pour la séparation des biens. Or l'article 1440 du Code civil allemand nous montre la possibilité de faire des biens réservés par le contrat de mariage.

L'article 1523 du Code civil allemand dit : Est apport d'un époux ce qui est déclaré tel par contrat de mariage ; donc une autre possibilité de modifier le pacte matrimonial. L'article 1526 du Code civil allemand prévoit la même chose pour la communauté d'acquêts que l'article 1368 du Code civil allemand pour la communauté universelle.

Les époux peuvent aussi, pendant le mariage, adopter un autre régime matrimonial autant de fois qu'il leur plaira. Ainsi des époux mariés sous le régime légal ont la faculté d'abandonner ce régime pour adopter le régime de la séparation des biens, puis transformer cette séparation de biens en communauté universelle ou en communauté d'acquêts.

Mais si les époux peuvent modifier ou changer leur pacte matrimonial, ils doivent le faire sous certaines conditions ; les solennités prescrites par l'article 1434 du Code civil allemand s'applique indifféremment aux pactes matrimoniaux antérieurs à la célébration du mariage et à ceux qui sont postérieurs à cette célébration.

Nous avons déjà vu que le législateur français, pour prévenir les abus d'influence du mari, a prohibé

les donations irrévocables entre les époux. Cette prohibition attire comme conséquence que les époux ne peuvent pas modifier les conventions matrimoniales au cours du mariage, tout changement aboutissant, en effet, à un avantage indirect et irrévocable. Le législateur allemand a cru qu'il était superflu, à l'époque moderne, de protéger les époux contre leurs propres entraînements ou contre les abus d'influence très problématiques.

La liberté accordée par le Code allemand aux époux relativement aux donations auxquelles il n'apporte aucune restriction, devait avoir pour conséquence logique de permettre aux conjoints de modifier leurs conventions matrimoniales pendant le mariage et de rédiger leur contrat après la célébration du mariage. D'ailleurs, comme disent MM. Maurice Colin et Baudry-Lacantinerie, les pactes nuptiaux sont des armes à double tranchant et offrant des avantages incontestables pour la femme (1). Le législateur allemand a été guidé par l'idée de protection de la femme. Le régime légal de la communauté d'administration ne fut pas adopté sans difficulté. Voilà les reproches apportés aux autres régimes. La communauté universelle présente bien quelques avantages, mais on lui reproche de ne pas être favorable à la conservation des biens dans les familles, et surtout de la propriété foncière, et de consacrer une véritable injustice à l'égard de l'époux survivant

---

1. Maurice Colin et Baudry-Lacant., *op. cit.*, t. II, 4001.

par le partage de la communauté après dissolution.

On lui reproche surtout, de mettre les intérêts de la femme en péril par la responsabilité inévitable en pratique du patrimoine commun pour toute les dettes du mari.

Quant à la communauté réduite aux meubles et acquêts, telle qu'elle existe dans les pays régis directement ou indirectement par le Code Napoléon, elle évite une grande partie des inconvénients de la communauté universelle, mais elle offre ce désavantage qu'elle fait dépendre l'étendue du patrimoine commun de circonstances purement fortuites. Si l'un des époux n'a que des immeubles et l'autre rien que des meubles, le premier ne fournit rien à la communauté et le second y verse tout son avoir ; puis, à la dissolution, le premier conserve toute sa fortune et gagne la moitié de la fortune du second, perdue pour celui-ci sans compensation. Avec l'accroissement qu'a pris la fortune mobilière cet inconvénient est devenu très sensible.

La communauté d'acquêts, qui forme le régime légal de contrées, offre cet avantage de créer une masse commune composée activement de tout ce que les époux gagnent et des revenus de leurs biens propres, passivement de toutes les charges du mariage, mais d'autre part, l'administration du mari y expose les biens de la femme aux mêmes dangers que dans la communauté universelle. Un autre reproche c'est qu'il n'y a pas de distinction bien tranchée entre les dettes propres et les dettes com-

**munes.** Enfin ce régime donne toujours lieu, après dissolution, à la liquidation difficile et embrouillée.

Toutes ces raisons ont décidé le législateur allemand de les écarter comme régime légal, et d'admettre comme tel la communauté d'administration (*Verwaltungsgemeinschaft*). Mais ce régime aussi ne fut pas adopté sans objections. On lui reprochait d'abord de laisser tous les propres de la femme, à l'exception des biens réservés, entre les mains du mari ; or celui-ci a sur ces biens non seulement un droit d'administration mais encore un droit de jouissance exclusive. La seconde objection faite à ce régime était aussi très importante ; en effet, disait-on, le régime légal est surtout le régime des gens pauvres ; or, sous ce régime, la femme n'est associée en rien aux gains du mari ; ce qui constitue une grave injustice, car très souvent la femme contribue à ses gains pour une grosse part. Nous avons déjà montré que le Code allemand a bien remédié à cet inconvénient en donnant à l'époux survivant un très large droit de succession. Pour mieux atténuer la dureté du régime légal, le Code allemand permit aux époux de faire et de changer leurs conventions matrimoniales même pendant le mariage.

La raison tirée de la crainte de voir l'un des époux abuser de son influence sur l'autre étant laissée de côté, le législateur allemand ne s'est pas arrêté à une autre raison très importante qui a fait le législateur français de maintenir le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Cette raison résulte de la nécessité de protéger les intérêts des tiers. Le code a trouvé un remède très simple aux dangers courus par les tiers qui traitent avec des époux, lorsque ces derniers peuvent modifier leurs conventions matrimoniales après le mariage : il a établi un système de publicité. En effet l'article 1435 du Code civil allemand décide que lorsque le droit du mari d'administrer les biens est exclu ou restreint par le contrat, cette clause n'a d'effets envers les tiers que si elle est transcrite au registre du régime des biens du tribunal cantonal compétent, ou si le tiers connaît cette restriction. Pour donner aux tiers la faculté de se renseigner sur la situation de fortune des époux, le Code civil allemand a institué, sur l'exemple des registres de commerce et des registres matrimoniaux adoptés par la ville de Brême et l'Etat d'Oldembourg, des registres destinés à recevoir un extrait des conventions matrimoniales entre les époux.

Ces registres seront tenus par le tribunal cantonal ; le ministère de la Justice peut réunir plusieurs ressorts en un seul et confier le soin de tenir les registres à l'un des tribunaux du ressort (art. 1558 C. civ. all.).

Les inscriptions auront lieu dans les registres du tribunal dans le ressort duquel le mari est domicilié, et devront être portées dans le registre du nouveau ressort si le mari vient à changer de domicile (art. 1559 C. civ. all.). L'inscription ne se fait que sur requête et dans la mesure de la requête. L'ins-

cription relative à la restriction des droits de la femme dans l'administration du ménage, l'opposition à l'exercice d'une profession industrielle de la femme ou la révocation d'une autorisation donnée, s'opèrent à la requête du mari seulement. S'il s'agit de l'inscription du contrat du mariage ou d'une décision judiciaire, affectant les droits matériels des époux, il suffit de la requête de l'un d'eux. Il en est de même lorsque la répétition d'une inscription est requise par suite de changement de domicile. Dans les autres cas la requête doit être faite conjointement par les deux époux, et chacun est tenu d'y apporter son concours (art. 1560 et 1561 C. civ. all.). Les inscriptions sont publiées par le soin du tribunal et tout intéressé peut prendre connaissance des registres conformément aux articles 1562 et 1563 du Code civil allemand. L'on peut exiger une copie de l'inscription ; cette copie est légalisée sur requête (même art.) (1).

Maintenant il faut voir quelle sera la sanction à défaut d'inscription et puis quelle sera la valeur de l'inscription en ce qui concerne la preuve.

*Sanction du défaut d'inscription.* — La question peut se poser ainsi : Deux époux font le contrat de mariage mais ils ne l'ont pas fait transcrire au registre matrimonial ; ou s'ils l'ont fait transcrire, ils ont

---

1. La plus grande partie des commentaires qui précèdent et qui suivent sont dûs aux leçons de M. Saleilles (Cours de législation comparée. Paris, en 1903-1904).

modifié ce premier contrat par une convention ultérieure, restée occulte. Quelle sera, à l'égard des tiers, la valeur de ces conventions non publiées ?

D'après un premier système qui a été **soutenu** devant les commissions mais sans grande conviction, le contrat matrimonial non inscrit, ou les modifications occultes, sont complètement opposables aux tiers. Ce système a été finalement rejeté et les raisons sont les suivantes : *a)* Les tiers ne doivent être protégés que dans la mesure de leur bonne foi. Si donc les tiers ont connaissance, d'une façon quelconque, du véritable régime matrimonial des époux avec lesquels ils traitent, ce régime, même non publié, leur sera opposable ; *b)* Même si les tiers ignoraient le régime matrimonial des époux avec lesquels ils contractent, la loi ne doit leur venir en aide que dans une mesure restreinte. Mais quelle est la limite de cette protection accordée aux tiers ? La loi les protège seulement quand il s'agit des effets considérés comme la conséquence directe, immédiate du caractère occulte du régime. Au contraire, quand il s'agit des modifications auxquelles ils auraient pu normalement s'attendre, la loi ne les protège plus. Lors donc qu'un changement aux conventions matrimoniales se ramène à l'exercice licite de ce droit de disposition, les tiers ne peuvent élever aucune réclamation (1).

---

1. M. Saleilles à son cours de législation comparée, 1903-1904.

En examinant l'article 1435 du Code civil allemand qui sanctionne toutes les dispositions de la publicité, nous voyons qu'il prévoit deux hypothèses : 1° Dans l'alinéa 1 est prévu le cas où les époux ont répudié le régime légal pour adopter un autre régime de leur choix, mais n'ont pas publié leur contrat de mariage. Dans ce cas le régime conventionnel étant resté occulte, les tiers ont dû croire à l'existence du régime légal. Par conséquent les effets immédiats et directs des actes passés avec l'un des époux sont ceux qui auraient dû résulter du régime légal. Par exemple les époux ont adopté sans le faire inscrire, le régime de la séparation de biens; le mari donne à bail un immeuble de la femme et le fermier entre en jouissance. Sous le régime légal, la communauté d'administration, le bail consenti par le mari est opposable à la femme. Sous le régime de la séparation de biens ce sera la même chose parce que c'est la validité, l'efficacité directe de l'acte passé qui est en jeu. Or d'après l'article 1435 du Code civil allemand, on ne peut pas se fonder sur un régime occulte pour faire échec à la validité d'un acte passé avec les tiers.

Le second alinéa de l'article 1435 du Code civil allemand prévoit le cas où le régime conventionnel adopté par les époux a bien été publié, mais par une convention postérieure, qui reste occulte, ils l'ont supprimé ou modifié. Supposons le même exemple que les époux en adoptant le régime de séparation de biens l'ont remplacé par le régime légal au moyen d'une convention postérieure restée occulte. La

femme sous ce nouveau régime (légal) n'aura plus la libre disposition de ses apports. Supposons qu'elle dispose de l'un de ses biens, seule et sans l'autorisation de son mari. Cet acte qui est nul en lui-même puisque la seconde séparation de biens a disparu et que le mari est seul administrateur, est cependant valable, vis-à-vis des tiers ; car ceux-ci ne pouvaient connaître le changement de régime opéré clandestinement par les époux. L'article 1435 du Code civil allemand ne vise pas seulement les actes juridiques ; il s'applique aussi aux jugements. Lorsque les époux ont adopté le régime de la séparation de biens, si un jugement est intervenu avec le mari par rapport à un bien de la femme, ce jugement est opposable à la femme. Mais si ce régime n'a pas été transcrit sur le registre matrimonial, le tiers qui a été partie au jugement pourra s'en prévaloir même contre la femme, parce que, normalement, il devait croire les époux mariés sous le régime légal (1).

En ce qui concerne les modifications qui sont des conséquences de l'exercice du droit de libre disposition appartenant aux époux elles ne sont pas visées par l'article 1435 du Code civil allemand. Par exemple, les époux ont substitué au régime légal, le régime de la séparation de biens, mais n'ont pas publié cette modification. Un tiers fait un prêt d'argent au mari et comme il n'est pas payé à l'échéance et que les biens du mari sont insuffisants, il veut saisir les fruits

---

1. M. Saleilles à son cours, 1903-1904.

et revenus des biens personnels de la femme. Celle-ci s'y oppose en disant qu'au moment du prêt, le régime légal n'existait plus et avait fait place au régime de séparation de biens.

La question est de savoir si ce tiers peut invoquer l'article 1435 du Code civil allemand et soutenir que le régime de séparation de biens n'ayant pas été transcrit sur le registre matrimonial ne peut lui être opposé. Les commentateurs du droit allemand sont d'accord pour admettre que l'article 1435 ne s'applique, parce que l'acte conclu avec le mari est valable en dehors et indépendamment de son régime matrimonial. Et non seulement la validité n'est pas en jeu, mais il ne s'agit même pas, en l'espèce, de s'opposer aux effets directs que ledit acte doit produire d'après le droit commun. Dans notre cas, l'effet direct du prêt a été d'engager personnellement le mari. Or, cet engagement subsiste et si la situation du tiers se trouve modifiée, cela provient uniquement de ce que son gage est diminué. Mais le débiteur n'est pas responsable vis-à-vis de son créancier de la consistance de son patrimoine. Le tiers est dans une situation qui n'a rien d'anormal, à laquelle il pouvait s'attendre.

C'est un système analogue à celui de la loi française de 1850 qui exige de la part du créancier qui veut avoir la garantie de la femme, d'obtenir l'engagement personnel de celle-ci.

Nous avons vu tout-à-l'heure que si une femme mariée sous le régime de la séparation de biens,

conclut seule un acte de disposition, après que ce régime initial, publié, aura été remplacé par le régime légal au moyen d'un pacte post nuptial occulte, cet acte sera valable. Supposons maintenant que la femme n'exécute pas son engagement. Le tiers ayant contracté avec elle pourra-t-il la poursuivre sur tous ses biens personnels ? En général, les auteurs raisonnent autrement en se basant sur l'article 1411 du Code civil allemand qui dit : « Sauf disposition contraire de l'article 1412 et de l'article 1414 du Code civil allemand les créanciers de la femme, sans égard à l'administration et à la jouissance du mari, peuvent exiger satisfaction sur les apports. Lorsqu'ils font valoir les droits de la femme, ils ne sont pas soumis à la restriction fixée à l'article 1394 du Code civil allemand. « Si le mari a aliéné ou consommé des choses consommables conformément à l'article 1377, alinéa 3, du Code civil allemand, il est obligé, envers les créanciers, de les rembourser immédiatement ». Il n'y a de restriction à la responsabilité des apports qu'en ce qui concerne les dettes postérieures au mariage ; les dettes antérieures, même du chef d'actes illicites, doivent toujours être payées sur les apports. Ceux-ci répondent, en principe, de toutes les dettes de la femme. Il faut du reste faire une distinction. Comme nous avons déjà dit, quand il s'agit d'une question de pouvoirs, l'article 1435 du Code civil allemand s'applique sans difficulté, car ce qui est alors en jeu, c'est la validité de l'acte.

Mais lorsqu'il s'agit, non plus seulement d'une question de pouvoirs mais de préciser et de délimiter le gage des créanciers, et de combiner le droit de disposition de l'époux débiteur avec les effets directs de l'acte passé avec les tiers, la solution ne peut plus être donnée aussi facilement. Dans l'hypothèse suivante, par exemple : les époux ont adopté comme régime la communauté universelle et ont publié ce régime ; plus tard, par une convention restée occulte, ils transforment la communauté universelle en séparation de biens. La femme contracte un engagement qui serait dette de communauté, par exemple, avec l'autorisation de son mari (art. 1459 et 1460), mais ce, à une époque où la communauté n'existait plus. Pour résoudre cette question il faut distinguer : *a*) Si la communauté n'a pas été partagée, le mari sera obligé personnellement parce qu'il ne s'agit pas ici d'une question de gage seulement, mais aussi d'une question de validité et d'un effet direct de l'acte passé avec un tiers : tout engagement passé avec un tiers engage et oblige personnellement le mari ; *b*) Si la communauté a été partagée en vertu de l'article 1480 le mari ne peut être poursuivi ; que sur les biens qu'il a retiré de la communauté et jusqu'à concurrence de son émolument ; il est devenu débiteur par son autorisation mais sa responsabilité est restreinte à la part qu'il recueille dans la communauté. Il faut d'ailleurs que la dette ait existé comme dette de la communauté avant le partage. Si la communauté a été déjà dissoute et liquidée lors de l'engagement de la

femme alors il y a une difficulté d'appliquer l'article 1480 (bénéfice d'émolument). Cependant les auteurs l'appliquent en argumentant que toute dette contractée sous l'empire de la communauté a pour effet d'entraîner la responsabilité du mari en vue de l'application ultérieure de l'article 1480 du Code civil allemand ; par contre l'effet du contrat, c'est d'engager les biens de la communauté en vue d'un partage éventuel. Par conséquent il faut permettre aux créanciers qui ont contracté avec la femme mariée sous le régime de séparation de biens non publiée à poursuivre le mari dans les limites de l'article 1480 du Code civil allemand comme si le partage n'avait pas été effectué. Une solution identique est donnée pour les dettes contractées par le mari.

Mais si nous prenons l'hypothèse inverse dans laquelle deux époux mariés sous le régime de la communauté avec publication de ce régime, la femme s'est réservé postérieurement, par une convention occulte, certains biens ; le mari peut consentir sur ces biens réservés les actes qu'il aurait droit de faire sous le régime de la communauté. Mais si les créanciers du mari, au mépris de la convention par laquelle la femme s'est constituée des propres, veulent exercer leur droit de poursuite sur ces biens réservés, ils ne le pourront pas.

Cette solution différente est justifiée par les auteurs par cela que si l'effet direct d'un engagement pris sous le régime de la communauté est d'engager la communauté elle-même et les époux dans les limites

de l'article 1480 du Code civil allemand cet effet ne s'étend pas jusqu'à assurer aux créanciers la consistance du patrimoine de la communauté. On ne peut priver le mari de son droit de disposition ; or une constitution de propres n'est pas autre chose, par rapport à la communauté, qu'une aliénation du mari.

Les fraudes ne peuvent pas être favorisées avec cette solution parce qu'on leur appliquera les lois spéciales qui annulent tous les actes qui seront faits en fraude des droits des créanciers.

Ce n'est pas donc l'article 1435 du Code civil allemand qui les annulera mais le droit commun.

*La valeur de l'inscription au point de vue de la preuve.* — Le seul effet de l'inscription, c'est de fournir une présomption de publicité, de faire présumer qu'un régime inscrit est connu des tiers.

Le registre matrimonial étant public (art. 1563), comme nous l'avons déjà montré, les tiers ne peuvent se prévaloir de leur ignorance.

Cependant, cette présomption n'est pas irréfragable, de telle manière que tout régime non inscrit dût être considéré comme ignoré des tiers. D'après l'article 1435 du Code civil allemand, si les tiers ont connu par ailleurs le régime véritable, ils doivent nécessairement le subir. L'inscription des régimes matrimoniaux n'est pas obligatoire ; elle est purement facultative. En effet l'article 1560 du Code civil allemand dit : Une inscription au registre ne se fait que sur requête et dans la mesure seulement où elle

est requise. La requête doit être dressée en forme authentique. Par conséquent il suffira aux époux d'établir que leurs co-contractants ont eu connaissance de leur contrat de mariage.

Les tiers n'ont pas le droit d'exiger que le contrat de mariage soit inscrit sur le registre. Ils ne courent aucun risque, car ils établiront aisément les conditions dans lesquelles ils ont traité avec les époux ; en effet, au moment de l'engagement le registre matrimonial ne contient aucune inscription, et comme aux termes de l'article 1435 tout contrat de mariage doit être passé en justice ou par devant notaire, il leur sera facile de retrouver le contrat sur la foi duquel ils se sont engagés.

Voici quelques hypothèses. En contractant avec un tiers les époux présentent un contrat de mariage antérieur à leur union. Si le tiers est prudent il demandera aussi un extrait du registre matrimonial du domicile du mari. On peut arriver que le tribunal cantonal délivre un certificat négatif : alors le tiers peut traiter sur la foi du régime initial, dont il lui a été justifié. Mais si l'extrait du registre matrimonial indique des modifications au régime primitif, alors dans ce cas le tiers peut contracter seulement en demandant aux époux communication des actes modificatifs. Dans les deux cas le tiers sera engagé dans les limites que nous avons montrées plus haut.

Supposons maintenant que le tribunal a délivré un extrait négatif du registre matrimonial et que les époux déclarent au tiers leur nouveau régime matri-

monial, mais non rendu public. Dans ce cas le tiers devra en tenir compte parce que le nouveau contrat lui sera opposable.

Tel est le système allemand qui élargit la liberté de contracter accordée aux époux relativement à leurs conventions matrimoniales. En l'établissant, les rédacteurs du Code civil allemand ont cru avoir assez fait pour la protection des tiers.

## CHAPITRE II

### L'avant-projet du Code civil suisse

Avant d'entrer dans l'étude de l'Avant-Projet suisse, il importe de voir quelle est la législation des différents cantons qui composent la Suisse. La Suisse avec des législations qui varient de canton à canton, ne nous arrêtera pas longtemps. La majorité de ces cantons ou demi-cantons, au nombre de quinze, a adopté comme régime matrimonial légal le régime sans communauté, mais avec des conditions plus rigides et moins favorables à la femme que ne l'est la communauté légale française. Ces conditions, du reste, ne sont guère en harmonie avec les mœurs sociales et familiales de la plupart des pays civilisés. M. Aftalion (1) à qui nous empruntons ces renseignements les résume ainsi : « Les droits les plus étendus sont conférés dans ce régime au mari sur le patrimoine de la femme comme conséquence du pouvoir de tutelle qu'il exerce sur elle. En général, le mari ne reçoit pas ses droits du consentement exprès ou au moins supposé de l'épouse. Le régime est obligatoire. Le mari n'apparaît pas comme le

---

1. Aftalion. *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, p. 315-316.

représentant de la femme ayant reçu d'elle un mandat d'administrer ; il semble plutôt investi de pouvoirs propres résultant de sa qualité du mari. Par suite, il n'est pas limité dans sa gestion par les restrictions imposées d'ordinaire à ceux qui gèrent la chose d'autrui. Il est beaucoup plus qu'un administrateur. Parfois même, comme dans les cantons de Berne et d'Argovie, le mari devient propriétaire des biens de l'épouse. Il est tenu seulement de restituer leur valeur à la dissolution du mariage. La femme n'est plus que la créancière de sa dot. Dans les cantons où il en est ainsi le mari a tous les droits du propriétaire et dispose librement de la fortune de l'épouse. Mais, même ailleurs, même là où les patrimoines des conjoints demeurent séparés sous la direction du mari, celui-ci a des pouvoirs exorbitants. Presque partout, il peut aliéner à son gré tous les meubles ou certaines catégories d'entre eux. Dans de nombreux cantons, on va même jusqu'à lui permettre de céder, comme il lui plaît, les immeubles de la femme. Si le mari, dans ces législations, n'obtient pas *de plano*, après le mariage, la propriété du patrimoine de l'épouse, il n'est pas loin cependant d'avoir les attributions d'un propriétaire. Il ne dépend que de lui de convertir le droit de propriété de la femme en un simple droit de créance ».

Ce régime, assez rigoureux, est la démonstration péremptoire qu'on peut être libéral, avancé même en politique, comme on l'est dans beaucoup de cantons suisses, tout en restant rétrograde en droit ci-

vil. Ce sont là deux ordres d'idées complètement distincts et l'on est fondé à regretter qu'ils ne bénéficient pas d'une pénétration réciproque qui donnerait à la législation civile un caractère plus conciliable avec les tendances modernes.

Du reste il est certain que le nouveau Code civil fédéral en préparation va mettre fin à un tel état de chose.

Voilà en ce qui concerne le régime matrimonial. Arrivons maintenant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Il y a plusieurs cantons suisses qui admettent la mutabilité du contrat du mariage (1), mais la portée de la règle est souvent étroite parce que par contrat les époux règlent exclusivement des questions de successions et ne peuvent se référer que sur des points secondaires et étroitement précises à leurs relations durant le mariage. Ainsi le canton de Zoug, par application du droit commun dans le silence du Code ; le canton de Berne : le contrat de mariage est un contrat de succession réciproque, contrat important entre époux qui meurent sans enfants, ils peuvent renoncer réciproquement à la qualité d'héritiers nécessaires et introduire un droit de succession conventionnel (2) ; le canton de Soleure : les époux peuvent se faire par contrat de mariage les avanta-

---

1. Saint-Joseph, 3, p. 485. Lardy, *Législation civile des cantons suisses*.

2. Le Code de Schaffouse reproduit à peu près exactement le Code zurichois.

ges qu'ils auraient pu s'assurer par testament et annuler ce contrat pendant le mariage.

Il y a plus de liberté dans les cantons de Schaffouse et de Zurich qui admettent également la mutabilité des conventions matrimoniales. Les contrats entre époux par lesquels il est dérogé aux principes essentiels du régime légal doivent obtenir l'homologation judiciaire. Enfin la liberté est à peu près complète dans le canton des Grisons qui admet également la mutabilité. Nous insisterons davantage sur la législation de ce canton. L'article 67 dispose : « Relativement à leurs biens, tant les époux que les fiancés peuvent établir des conventions matrimoniales... » L'article 48 indique à quelles conditions les conventions matrimoniales sont valables. « Pour la validité, d'une convention matrimoniale, il faut qu'elle soit signée par les deux contractants et par deux témoins idoines et aussi par le représentant légal de la femme. L'alinéa 2 exige une condition supplémentaire en ce qui concerne la femme pour les conventions matrimoniales passées au cours du mariage. » Pendant le mariage le consentement d'un curateur extraordinaire est nécessaire pour que la femme puisse s'obliger valablement envers son mari ou lui céder quelque droit, au moyen de conventions matrimoniales ou pour tout autre acte ; sont exceptées pourtant les donations peu importantes et d'usage » (1).

---

1. *Code civil du Canton des Grisons*, traduit par Raoul de la Grasserie.

Dans les cantons de Glaris, Appenzel, Unterwald-Nidwald, Uri, Schwitz, la liberté des conventions matrimoniales n'existe pas. Dans les cantons d'Argovie, Saint-Gall, Lucerne, que l'on peut ranger au point de vue de la liberté des conventions matrimoniales dans le même groupe que les cantons de Berne, Soleure, Zoug, les conventions matrimoniales sont immuables. A Lucerne, cependant, la femme assistée d'un tuteur extraordinaire peut conclure valablement avec son mari une affaire par laquelle elle lui cède des droits. C'est donc une prohibition spéciale comme la prohibition de se porter caution pour son mari.

Il en est ainsi à Bâle : la femme peut donner son consentement pur et simple à l'aliénation par le mari des biens de la communauté et d'autre part les donations entre époux sont permises sauf s'il y a excès apprécié d'après l'usage et la situation des époux. Cependant les conventions matrimoniales sont immuables. C'est l'intérêt des tiers, qui a inspiré cette disposition de loi (1).

*Le Projet du code civil suisse du 28 mai 1904.* — Ce projet admet la validité d'un contrat conclu par les époux au cours du mariage, mais dans de certaines limites seulement, ou à des conditions déterminées. Voici ce que dit l'article 186 de l'Avant-Projet : « Les époux peuvent, avant ou après le mariage,

---

1. V. loi 1884, Annuaire, 1885, p. 546, Bâle-ville ; loi 1891, Annuaire, 1892, Bâle-campagne.

régler leur régime matrimonial par contrat, comme ils le jugent à propos. Leur contrat doit être fondé sur l'un des trois régimes établis par la présente loi.

Il n'est pas opposable aux tiers s'il a été passé après la célébration du mariage.

Par conséquent les époux peuvent choisir leur régime matrimonial, s'ils ont passé un contrat avant de se marier et qu'ils l'aient fait inscrire ; ce contrat sera opposable aux tiers, mais toutes les conventions ultérieures ne constitueront plus qu'un règlement interne de leurs intérêts, uniquement obligatoire pour eux-mêmes et pour leurs héritiers. Cette liberté du contrat de mariage est admise depuis longtemps dans la Suisse occidentale et à Bâle, tandis que la Suisse orientale et la Suisse centrale l'ont repoussée. Le législateur suisse n'a pas hésité de la proclamer dans le futur Code civil fédéral (1). Il est probable que, dans les régions où elle n'est point encore entrée dans les mœurs, on s'en tiendra au régime légal car nul n'est contraint de faire un contrat de mariage. Mais, grâce à la diversité croissante des formes et des conditions de la vie économique, on en viendra de plus en plus à considérer comme un bienfait la possibilité de régler conventionnellement les intérêts pécuniaires des conjoints.

Les droits des tiers, des créanciers de l'un ou de l'autre des époux sont sauvegardés puisque le con-

---

1. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le Projet du Code civil suisse, p. 27 et suiv.

trat ne leur est opposable qu'après avoir été inscrit dans les registres des régimes matrimoniaux et dûment publié ; le projet règle en détail les principaux types de régimes matrimoniaux et les époux sont tenus de fonder leurs contrats sur l'un de ces régimes (art. 186, al. II).

Disons en passant, quels sont les régimes matrimoniaux reconnus par l'Avant-Projet suisse.

Le projet connaît trois types de régimes matrimoniaux :

1° *L'union des biens qui est adoptée comme régime légal* ; en effet voici le contenu des articles 187 et 209 Avant-Projet suisse : L'article 187 : « *A défaut de dispositions contraires résultant du contrat, de la loi ou d'un jugement, les époux sont placés sous le régime légal.*

Le régime légal est celui de l'union des biens ».

L'article 209 : « *Les biens que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage et ceux qu'ils acquièrent par la suite, à titre de succession ou autrement, constituent, à l'exception des biens réservés, les biens matrimoniaux.*

Le conjoint qui attribue à un bien la qualité d'apport de la femme doit en faire la preuve ;

2° Le second régime est *la communauté* réglée par les articles 231 et suivants. En effet l'article 231 dit : *La communauté universelle se compose de tous les biens et revenus du mari et de la femme ; elle appartient indivisément aux deux époux.*

*Ni le mari, ni la femme ne pourront disposer de leur part.*

*Celui des époux qui prétend qu'un bien ne rentre pas dans la communauté, doit en faire la preuve. »*

3<sup>e</sup> Le troisième régime est celui de la *séparation de biens*, par les articles 256 et suivants.

Les époux ont la faculté de modifier l'un et l'autre. Dans la séparation de biens, on peut convenir qu'une partie de la fortune de la femme sera constituée en dot, au profit du mari, comme contribution aux charges de l'union conjugale (art. 261).

Le régime de communauté peut être restreint à une partie des biens, au mobilier par exemple ou aux acquêts (art. 252 et s.). Mais dans l'un comme dans l'autre de ces régimes un arrangement pareil n'est opposable aux tiers que s'il est antérieur au mariage (art. 186). Au surplus, dans l'union des biens, les époux ont la faculté de stipuler, avant le mariage ou lors de donations faites ou de successions échues à la femme, que les biens de cette dernière passeront en propriété au mari, qui en devra la contre-valeur (art. 214) ; les formes établies pour le contrat de mariage seront observées ; à cet effet, un inventaire sera dressé des biens ainsi dévolus au mari (art. 212), et l'on ne pourra faire usage de cette faculté que dans les six mois à compter soit du mariage, soit du jour à partir duquel les apports sont parvenus à l'épouse. De cette manière, les conjoints qui le désirent peuvent très facilement réunir tous les biens matrimoniaux entre les mains du mari ; et dans les contrées où la loi instituait ce système, ancien canton de Berne, Argovie, on pourra conver-

tir ainsi l'ancien régime légal en régime conventionnel.

En ce qui concerne les dispositions sur le contrat de mariage et le registre des régimes matrimoniaux nous pouvons dire que le but de ces institutions est : de protéger les intéressés eux-mêmes contre des manœuvres déloyales et de sauvegarder le crédit public (art. 201 et s.).

En effet au premier abord il semble résulter des articles 201 et 202 que toute modification contractuelle, apportée au précédent régime pendant la durée du mariage, soit valable entre conjoints et opposable aux tiers, moyennant inscription au registre matrimonial, puis publication. Mais il existe dans le projet un article 194, dont les deux premiers alinéas sont ainsi conçus : « Les liquidations et changements de régime matrimonial ne peuvent soustraire à l'action des créanciers d'un conjoint ou de la communauté, les biens qui leur étaient jusqu'alors affectés. L'époux auquel ces biens ont passé est personnellement tenu de payer les dits créanciers jusqu'à concurrence des biens reçus, la preuve de l'insuffisance étant à sa charge ». Comme il ne s'agit évidemment que des créanciers antérieurs à la modification on pourrait soutenir que la disposition ne fait que garantir des droits acquis. Mais il faut remarquer qu'elle ne réclame nullement, pour être applicable, que les créanciers puissent invoquer un droit préférable

Comme le régime matrimonial ne peut être modi-

fié pendant le mariage avec effet à l'égard des tiers, ceux-ci, en admettant même que le régime légal ne fasse pas règle, n'ont à se préoccuper que de l'existence ou de la non-existence d'un contrat antérieur au mariage ; or le registre des régimes matrimoniaux leur offre toutes les garanties d'une suffisante publicité (art. 205). Voici ce que dit cet article : « Les contrats de mariage, ainsi que les décisions judiciaires qui s'y rapportent et les actes passés entre époux concernant les apports de la femme ou les biens communs, ne déploient d'effets à l'égard des tiers, que moyennant inscription au registre des régimes matrimoniaux et publication.

Les héritiers des époux ne sont pas considérés comme des tiers. »

Les formes de la vie économique, en particulier, se multiplient sans cesse. La fixité absolue du régime matrimonial apparaîtrait de plus en plus comme surannée ; or, la réforme, telle qu'elle a été proposée par l'avant-projet, est modeste ; elle sera utile. Le système de publicité organisé par l'avant-projet du Code civil suisse est beaucoup plus simple que celui du Code civil allemand ; en outre les intérêts des tiers sont mieux protégés que dans la législation allemande ; celle-ci a voulu garantir les intérêts des tiers exclusivement dans la mesure de leur bonne foi ; elle a voulu établir une publicité de renseignements. Ce système, qui ouvre la porte aux fraudes, n'est cependant pas dangereux, car le droit commun ne protège pas d'une façon assez efficace les intérêts des tiers.

*Les autres législations étrangères.* — Si nous tenons compte de la solution adoptée par le Code allemand et le projet suisse, qui est dans le sens de la mutabilité des conventions matrimoniales, on serait tenté de croire à l'existence d'une évolution dans ce sens. Mais cette tendance n'est pas générale et les législations dites latines, de même que le droit anglais sauf exceptions, tiennent ferme au système de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Nous pouvons faire les groupes suivants :

1. *Système de l'immutabilité absolue.* — Dans ce cas, nous savons que le régime est fixé seulement au moment de l'union et que la validité d'un contrat antérieur est soumise à la condition suspensive de la conclusion du mariage.

L'immutabilité absolue du régime matrimonial est consacré, entre autres, par les lois des pays suivants : France et Belgique article 1395 du Code civil ; Pays-Bas article 204 ; Italie article 1382 ; Espagne article 1321 ; Portugal article 1105 ; Roumanie article 1270 du Code civil ; Suède (Lehr p. 305). République Argentine article 1253 ; Chili article 1722 ; Vénézuëla (Raoul de la Grasserie, p. 191) (1). D'après l'article 1545 du Code civil russe les époux russes ont la faculté de résilier ou modifier à toute époque leurs conventions matrimoniales (2).

Quant au droit anglais, il admettrait également l'immutabilité (3). Mais, suivant Lehr, si les conven-

---

1. Roguin. *Régimes matrimoniaux*, § 991 et ss.

2. Rapp. J. Seine, 11 juin 1896, J. Clunet, 1896, p. 870.

3. Lehr, p. 111.

tions postérieures à la célébration du mariage ont un fondement raisonnable il se peut que, sans valeur, en droit strict, elles produisent quelque effet en équité. Ainsi certaines donations faites par le mari à sa femme pourraient être maintenues par les cours d'équité contre les créanciers du mari. De son côté la femme pourrait valablement faire, pendant l'union, une libéralité à son mari.

En somme, l'immutabilité a été atténuée dans la législation anglaise contemporaine. Cela s'explique par la considération que, dans la loi commune, elle était une conséquence du principe de l'absorption, et que ce dernier étant disparu, les effets aussi tendent à être abandonnés.

L'on nous dit que l'immutabilité existe au Canada ; mais il se peut fort bien que là où règne le droit anglo-saxon elle ait été modifiée.

Nous ne pouvons rien dire de certain quant aux lois des Etats-Unis. L'impossibilité de modifier le régime existe aussi dans les codes de plusieurs cantons de Suisse : Neuchâtel, Vaud, Valais et Tessin.

En ce qui concerne la Roumanie qui admet la publicité du régime matrimonial, une loi de 1900, réformant le droit antérieur, moins rigide, a modifié les articles 708 et 720 du Code de procédure civile et statué que tous les contrats de mariage et feuilles dotales, doivent être transcrits dans un registre spécial (1).

---

1. Alexandresco. *Dr. civil roumain*.

2) *Système de mutabilité*. — Il y a des pays qui admettent la mutabilité moyennant l'approbation d'une autorité, comme en Danemark et en Norvège, le contrat postérieur à la conclusion du mariage doit être approuvé par le roi (1). Dans d'autres pays une ratification judiciaire est réclamée comme dans les cantons de Zurich et de Schaffhouse, indépendamment d'une publication officielle, en l'absence de laquelle le contrat n'est pas opposable aux tiers.

Le droit des provinces baltiques de la Russie semble le même que dans ces deux cantons.

Le droit mexicain (art. 2114) paraît aussi admettre la mutabilité moyennant approbation judiciaire.

Le Code autrichien ne renferme aucun texte formel sur la question de la mutabilité. Suivant un auteur, Garrelon, il serait interprété plutôt dans le sens de l'immutabilité absolue. Mais selon Lehr (2), qui nous paraît mieux représenter les choses, la mutabilité serait reconnue en Autriche en vertu des lois de 1862 et 1863. Ajoutons qu'elle l'est, au regard des tiers, à la condition, pour les commerçants, d'une publicité réalisée au moyen d'une inscription dans un registre.

Le droit suédois paraît admettre une mutabilité fort étendue avec réserve des droits antérieurement acquis par les tiers, présentation du contrat à un tribunal, et enregistrement de cet acte.

---

1. Lehr, p. 305 et suiv.

2. Lehr, p. 293 et s.

Le projet hongrois, paragraphe 175, permet aussi aux époux de faire un contrat de mariage pendant la durée de l'union.

## CHAPITRE III

### Conflits de législation

Jusqu'ici nous avons étudié la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales au point de vue de droit interne ; mais que faut-il décider en droit international ? La question qui se pose en droit international privé a un double aspect : en premier lieu on doit se demander si deux Français se mariant à l'étranger y peuvent, une fois mariés, modifier leur contrat de mariage et d'autre part si ce droit appartient en France aux étrangers.

L'immutabilité des conventions matrimoniales en matière de contrat de mariage est une disposition impérative. Il y a des dispositions impératives relatives à la capacité, à la forme, aux dispositions contenues dans le contrat du mariage.

Est-ce que l'immutabilité des conventions matrimoniales rentre dans l'une ou l'autre de ces catégories ?

D'après une doctrine, il conviendrait de décider que le principe de l'immutabilité tient à la forme même du contrat de mariage. Il faudrait donc appliquer la règle : *Locus regit actum* et donc trancher la question d'après la loi du pays où le contrat a été

passé (1). C'est le système parfois prêté à la jurisprudence à cause de la mention de la règle *locus regit actum* dans ses arrêts (2). Par la forme des actes, on entend les éléments extérieurs qui les font manifester et rendre visibles et apparents les actes. En premier lieu c'est l'écrit dressé qui en constate l'existence.

L'idée de rattacher les articles 1394 et 1395 du Code civil français à la loi des formes est née en droit français de la rédaction de l'article 1394 dont l'alinéa premier est relatif à la forme et vise en même temps l'antériorité du contrat à la célébration. On a conclu que le législateur l'envisageait comme rentrant dans la loi des formes. Mais il est assez facile de voir que le législateur n'a pas songé à établir cette corrélation et à imprimer ainsi un caractère formel à l'époque de rédaction du contrat. De plus, les articles 1393, 1394, 1395, 1396, 1397 forment un seul tout, comme nous savons, de droit civil.

Si l'immutabilité rentrait dans la forme, quelle loi lui serait applicable ? Laurent dit que la règle *locus regit actum* étant indépendante de la volonté des parties, ce serait au législateur territorial de déterminer dans cette théorie si les conventions matrimo-

---

1. Troplong, *op. cit.*, t. II, n<sup>os</sup> 179 et 188 ; Aubry et Rau, t. V, p. 253 et note 2 ; Mailher de Chassat. *Traité des statuts*, n<sup>o</sup> 97 et suiv. Guillouard, *op. cit.*, t. I, n<sup>o</sup> 335.

2. Montpellier, 25 avril 1844. S. 45. 2. 7. — Civ. cass., 11 juillet 1855. S. 55. 1. 699. — Req., 24 décembre 1867. S. 68. 1. 134.

niales sont immuables (1). Les formalités prescrites par ces articles sont édictées *ad solemnitatem*. La solennité n'est pas une question de forme ; elle tient à l'essence des contrats solennels ; solennité et consentement ne font qu'un. Mais des conditions extrinsèques lui sont subordonnées, ces conditions extrinsèques c'est la forme, c'est l'époque ; le consentement sera réputé inexistant s'il n'est exprimé sous une certaine forme, ou à une certaine époque. Le trait commun à la forme et à l'époque, et qui les rend ainsi solennels, c'est qu'ils sont exigés pour que la volonté, le consentement des parties soit éclairé, réfléchi et librement manifesté.

Cependant il ne faut pas assimiler la forme à l'époque du contrat. Une forme est un élément de solennité qui garantit la sincérité et la réflexion des parties, tandis que l'époque par elle-même n'est aucunement une garantie, elle a quelque chose de purement négatif.

Comme conclusion Laurent dit que la solennité étant un élément essentiel des contrats, les Français à l'étranger doivent rédiger avant la célébration du mariage leurs conventions matrimoniales. En outre, le principe d'immutabilité est posé par la loi et constitue une règle de droit public qui s'impose aux étrangers en France.

Quelles sont les conséquences en droit interna-

---

1. Laurent, *Dr. civ. Franç.*, t. I, n° 99, t. XXI, n° 49 ; *Dr. internat.*, t. II, nos 240-244 ; t. V, n° 213.

tional privé, de la doctrine de Laurent ? Il applique fort correctement les principes et se prononce pour la compétence de la *lex fori*. Comme la solennité est ainsi une question de consentement, et de l'essence des contrats, l'ordre public se trouve engagé et la loi qui établit la solennité ne peut reconnaître aucun effet aux contrats non revêtus des formes qu'il prescrit (1). C'est la *lex fori* qui déterminera si le contrat de mariage postérieur au mariage est ou non valable. Ainsi, prenant l'exemple qu'il donne, le contrat des Belges à l'étranger ou des étrangers en Belgique, postérieur au mariage, sera nul aux yeux de la loi belge du moins.

Le contrat de mariage postérieur au mariage, passé par exemple par un Allemand, est nul aux yeux de la loi belge, pour des raisons d'ordre public. Seulement les autres pays apprécieront l'ordre public à leur façon et cette décision ne doit nullement être respectée par eux. Quant au contrat de mariage passé par un Belge à l'étranger, il devra être déclaré nul en tous pays.

La loi de solennité est une loi de protection d'ordre public. Son caractère de loi protectrice lui donne une portée extraterritoriale quant aux actes des nationaux, une portée territoriale quant aux actes des étrangers.

Laurent exagère singulièrement en prétendant que la forme comporte le fond. Le consentement est

---

1. Laurent, *op. cit.*, t. V, p. 452.

exigé en dehors de l'acte solennel, qu'il ne suffit pas de poser pour que le consentement soit censé existant. C'est donc que la solennité vient simplement au secours des parties, et qu'il y a là une loi de protection analogue aux lois sur les vices du consentement. D'ailleurs c'est presque l'opinion générale (1). Cette théorie de Laurent n'a été admise ni par la doctrine ni par la jurisprudence ; cette dernière applique la règle *locus regit actum* au mariage qui est un acte solennel (2) et elle déclare valables les conventions matrimoniales faites sous seing privé, à l'étranger, par des Français (3).

Partant de l'idée qu'il s'agit, non d'une règle de forme, mais au contraire d'une règle de fond, il y a des auteurs pour lesquels la question de savoir si les conventions matrimoniales sont immuables ou non, doit être résolue d'après la loi qui s'applique au régime matrimonial lui-même. Cette doctrine est soutenue notamment par M. Jay, qui invoque à son appui un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1867 (*Journal du Palais*, 1868, p. 303). Voici comment on raisonne dans la thèse qui incorpore l'immutabilité au régime. On constate que le principe d'immutabilité a un retentissement sur tout le régime matrimonial. La composition des patrimoines sous le

---

1. Böeck. Note dans Dalloz, 87. 2. 121.

2. Paris, 20 janv. 1873. D. 73. 2. 59.

3. Paris, 11 mai 1816. D. R., n° 271 ; Paris, 22 nov. 1828. D. R., n° 271 ; Req. 18 avril 1865. D. 65. 1. 342.

régime de la communauté, celle des biens paraphernaux ou dotaux sous le régime dotal est sous sa dépendance. Chaque acte d'acquisition ou d'aliénation volontaire est limité dans ses effets par les articles 1394, 1395. Leur influence est particulièrement remarquable au cas d'échange. Les modalités du contrat du mariage, la théorie des nullités, au moins en France dans l'opinion jurisprudentielle, sont dominées par ce principe.

Les conditions dans lesquelles la séparation de biens est opposable aux tiers dépendent de la plus ou moins grande immutabilité du régime à leur égard. Les pouvoirs d'administration des époux, les droits du mari et de la femme, lorsque celle-ci fait le commerce, touchent à la fois aux rapports personnels des époux, au régime matrimonial, à l'immutabilité. L'immutabilité est même en jeu dans la renonciation à la communauté. Il serait donc déplorable que le régime matrimonial et l'immutabilité fussent soumis à deux lois différentes. D'abord les plus grandes complications naissent si deux époux sont mariés, par exemple sous le régime de la communauté française, en vertu de l'autonomie, et si régis sur ce point par la loi allemande, ils peuvent y apporter pendant leur mariage des modifications. Il y a mieux : même si deux époux sont soumis pour l'immutabilité à la loi espagnole, cette dualité est encore un élément de trouble, les dispositions relatives à la séparation de biens étant différentes dans les deux législations. Même les éléments extrinsèques du contrat

de mariage sont en relation avec l'immutabilité. Sur ce point encore nécessité d'une loi unique.

Nous savons qu'en ce qui concerne les relations pécuniaires des époux la validité de certaines relations entre époux dépendent : 1) des rapports juridiques personnels que le mariage fait naître entre les époux ; 2) de la libre volonté des époux ; 3) de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Tous ces éléments sont distincts l'un de l'autre. En droit civil, il y a des législations qui organisent le régime matrimonial en tenant compte, soit de tous, soit des deux premiers ou même du premier seulement. En droit international privé, la même loi peut être applicable à tous ; il peut y avoir une loi applicable à chacun d'eux. Un acte juridique passé par les époux sera valable s'il respecte les dispositions de la loi ou des lois applicables à chacun de ces éléments. Un acte qui respecte les dispositions des lois applicables aux rapports personnels des époux, à l'immutabilité dépend de la libre volonté des parties.

Dans les rapports personnels des époux il y a une question analogue ; certains auteurs proposent de l'identifier pour cette seule raison de connexité des rapports personnels et des rapports pécuniaires, avec la loi qui régit le régime matrimonial comme nous avons montré plus haut. Et en France, on dit généralement qu'il y aura lieu seulement de l'appliquer lorsqu'elle sera effectivement violée par une disposition relative aux biens.

De même, au lieu d'identifier la règle d'immutabi-

lité avec le régime tout entier, la loi nationale interviendra lorsque le principe sera violé par l'application des dispositions légales contraires. Comme les dispositions les plus nombreuses du régime dépendent de la volonté des parties, on peut dire, sous une autre forme, en posant sur le régime matrimonial la question de la loi applicable, que la loi choisie par les parties régira les relations pécuniaires des époux sauf dans la mesure où son application violerait la loi qui régit les rapports personnels ou l'immutabilité.

Quant à la mutabilité, on pourrait être tenté de dire *a priori* qu'elle dépend du régime. En effet, la mutabilité est simplement le droit commun des conventions.

Cette opinion a le tort de ne pas tenir peut-être assez compte des motifs qui expliquent l'immutabilité. En établissant cette règle le législateur français a eu en vue de protéger mutuellement les époux, on peut dire qu'il y a là un principe qui touche à la capacité des parties. La règle de l'immutabilité devra donc suivre les Français en pays étranger (1).

Nous ne pouvons quitter cette opinion sans dire quelques mots sur le point de savoir quelle est la loi qui réglera ce régime matrimonial ? On est loin de

---

1. Demangeat sur Fœlix, I, p. 85 note *b* ; p. 247 note *a* ; Despagnet. *Précis de droit intern. privé*, n° 330 ; Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 368 ; Audinet : *Principes élém. de dr. intern. privé*, p. 520 ets. Wahl, note Sirey. 98, IV, 25 sous Trib. supérieur de Munich, 17 mai 1895.

s'entendre sur la solution à donner à cet égard. Nous réservons cette question pour plus tard.

Une troisième opinion est celle qui admet que les étrangers en France, s'ils appartiennent à un pays dont la législation ne connaît rien de semblable au principe de l'article 1395, ne doivent être soumis à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Cette opinion peut être soutenue en se fondant sur le caractère de la règle qui est de suivre les Français en pays étrangers.

De nombreux auteurs estiment que les articles 1394 et 1395 sont des règles de capacité, soumises par conséquent au statut personnel (1).

Voilà ce que dit M. Weiss dans son *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III. *Le conflit des lois*, p. 533 : « L'immutabilité des conventions matrimoniales limite également la capacité des parties ; c'est donc encore leur loi personnelle qui doit être consultée à leur égard. L'article 1394 du Code civil défendra au Français même émigré de faire rédiger ses conventions matrimoniales après le mariage et, à moins que le mariage n'ait

---

1. Demangeat, sur Fœlix, t. I, p. 85 et 247. — Fiore. *Droit international privé* (traduct. Pradier-Fodéré, § 328 et 329, p. 503). — Dalloz, *Jurisprudence générale*, n° 316. — Despagne, *op. cit.*, n° 519, p. 521 ; et *Revue pratique de droit international privé*, 1890-1891, II, p. 63. — Aubry, *Journal de droit international privé*, 1896, p. 721 et suiv. — Beauchet, *Journal de droit intern. privé*, 1884, p. 89. — Duguit. *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*.

changé sa nationalité et la loi dont il relève (Code civil, art. 19), toute modification postérieure au contrat lui sera interdite en dehors des conditions énoncées par les articles 1396 et 1397 du Code civil. »

Il est des auteurs qui appliquent les articles 1394 et 1395 aux étrangers lorsque le contrat de mariage a été passé en France, ou si les époux se marient en France sans contrat.

Ils justifient cette opinion en disant que les motifs qui expliquent l'article 1394 et 1395 sont complexes et à côté de l'idée de protection des époux, se place aussi celle de protection des tiers et du crédit public en France (1). Il y aurait lieu de la part des tiers de présumer l'application de la loi française ; par suite un contrat postérieur déclaré valable en France, pourrait très gravement les léser. Il y a donc là une règle établie en France, avec un caractère d'ordre public international qui doit s'imposer à tous.

M. Weiss fait ensuite remarquer que la règle d'immutabilité des conventions matrimoniales n'a été édicté qu'au profit des tiers qui traitent avec des époux français, parce que les tiers qui traitent avec des époux étrangers sont suffisamment avertis par cette qualité même d'étranger, et que dans tous les contrats passés avec des étrangers, il y a pour les nationaux des dangers à courir (2). M. Weiss ajoute

---

1. Déglin, *op. cit.*, p. 187. — Surville et Arthuis, *op. cit.*, p. 382, n° 368.

2. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 535. En ce sens Beauchet dans le *Journal de dr. internat. pr.*, 1884, p. 39 et s. Despagne,

que les articles 1394 et 1395 ont avant tout pour objet d'éloigner des époux toute cause de mésintelligence ou d'aigreur, en mettant celui qui a le plus d'ascendant sur son conjoint dans l'impossibilité d'en obtenir après le mariage, des avantages plus grands que ceux qui lui sont attribués par le contrat, et en créant, à cet effet, une incapacité particulière limitée à un objet déterminé, telle que la loi en a souvent établies. Mais l'intérêt des époux a seul été pris en considération. La loi française n'a pas à protéger, dans leurs rapports pécuniaires, des étrangers que leur législation personnelle juge capables de se défendre eux-mêmes ou qui dans tous les cas se trouvent suffisamment protégés par d'autres dispositions légales (1).

Mais si les futurs époux ressortissent à des patries différentes et n'ont pas de loi personnelle commune qu'elle est la législation qui déterminera leur capacité ? M. Weiss dit qu'alors « c'est la législation propre à chacun d'eux qui déterminera en principe la capacité qui lui est nécessaire pour participer au contrat de mariage projeté ; il faudra pour la validité du contrat, le concours de deux capacités. Il remarque encore que ceci n'est rigoureusement vrai que de l'aptitude générale à faire le contrat lui-même.

Quant aux clauses défendues par la loi nationale

---

*op. cit.*, n° 519, p. 522 et *Revue pratique de dr. int. pr.*, 1890-1891. 2, p. 64. — Rennes, 4 mars 1880. Sirey, 1881. 2. 265 ; D. P., 1881. 2. 213. — Boëck. D. P., 1887. 2. 121.

1. Weiss, *op. cit.*, p. 534 et s.

de la femme mais permises par celle du mari, rien n'empêchera de leur donner effet, lorsque ce n'est qu'après la célébration du mariage, qui donne à la femme la nationalité du mari, qu'elles doivent être mises à exécution, lorsque, par exemple, elles ont pour objet de modifier l'étendue et l'exercice de la puissance paternelle sur les enfants qui naîtront de ce mariage ; la situation que les futurs ont réglée ne devant se produire qu'à un moment où tous deux seront pleinement capables de la réaliser, il y aurait excès de rigueur à annuler un acte qui n'a fait que prévoir et escompter un très prochain avenir » (Weiss, *loco cit.*) (1). Nous réservons la question sur l'article 4 du projet de convention signé à La Haye en juin 1904 quand nous traiterons la question de déterminer la loi applicable au régime matrimonial.

Quelle est la loi qui réglera le régime matrimonial ? Comme nous avons déjà dit, on est loin de s'entendre sur la solution à donner à cette question. L'opinion générale en France est que le régime matrimonial est soumis à la loi que les époux ont adoptée, c'est-à-dire leur loi nationale. C'est une question de volonté des époux. Mais quelles sont les conséquences de cette idée ? Si les époux ont la même patrie ils ont entendu suivre la loi de leur pays. Si les époux sont de nationalités différentes la

---

1. Dans ce sens Despagnet, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> édit., n° 518, p. 521.  
— Surville dans la *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1888, p. 254 et s.

loi applicable c'est la loi du lieu de célébration du mariage. Les conventions matrimoniales expresses ou tacites établissent entre les époux des relations permanentes, elles règlent leurs rapports pécuniaires pendant toute la durée de l'union. Le lieu de célébration peut être purement accidentel, et il est peu rationnel d'admettre que les époux ont entendu suivre la loi. Est-ce que les époux ont songé à la loi nationale du mari ? C'est une opinion soutenue. La Cour d'Amsterdam, le 6 décembre 1893, disait qu'une femme néerlandaise qui se marie dans sa patrie entend adopter la loi de sa patrie et le mari en épousant au Pays-Bas une femme néerlandaise doit être réputé avoir adopté le régime de la loi néerlandaise.

Il faut remarquer que le mariage a lieu dans la patrie de l'un des époux. Si c'est à l'étranger, la présomption en faveur de la loi du mari sera très acceptable, lorsque la femme qui a épousé le Français le suit en France et s'y fixe avec lui. Si les époux s'établissent à l'étranger, la présomption n'est plus vraisemblable.

La tradition française se prononce en faveur de la loi du domicile matrimonial entendu comme le lieu où les époux ont l'intention de se fixer, où sera le centre de leurs intérêts, le siège de l'association conjugale. Ce raisonnement est celui de Boullenois dans l'ancien droit français (1). Le domicile matrimonial, c'est en fait le domicile du mari. M. Hue fait remar-

---

1. Boullenois. *De la personnalité et de la réalité des statuts*, tit. II, ch. V, obs. XXIX, I, p. 732.

quer qu'en droit romain, le domicile matrimonial a un sens précis, le mari n'étant pas présent, le mariage est possible parce que la femme peut être conduite *in domum mariti, quasi in domicilium matrimonii*. Transportée dans le droit français, l'expression domicile matrimonial n'a plus aucune espèce de signification et ne correspond à rien (1).

C'est à ce système que se rattache la jurisprudence la plus récente. C'est la solution aujourd'hui consacrée en termes formels par le Code civil italien dans son article 6 (2). Elle se dégage également de l'article 1325 du Code civil de l'Espagne.

La loi d'introduction du Code civil allemand contient dans son article 15 une solution analogue, dont Mommsen avait souhaité l'adoption (*Arch. für Civil Praxis*, t. LXI, p. 151, 182). Ce texte est ainsi conçu : « *Les rapports pécuniaires des époux sont régis par les lois allemandes, si le mari était Allemand à l'époque du mariage. Si le mari acquiert la nationalité allemande après le mariage, ou si les époux étrangers acquièrent leur domicile en Allemagne, on applique au régime pécuniaire des conjoints la loi de l'Etat auquel le mari appartenait au moment du mariage. Les époux peuvent cependant faire une convention matrimoniale, lors même qu'elle leur serait interdite par ces lois* » (3).

---

1. Teoph. Hue. *Traité de droit civil*, t. II, p. 78.

2. Rapp. Palerme, 11 juillet 1899. S. 901. 4. 17, note de M. Wahl.

3. Rolin. *Revue de droit International*, 1898, p. 202.—

L'article 15 de la loi d'introduction englobe dans ces dispositions à la fois le régime légal et le régime conventionnel. Rien d'abord, dans ces termes, n'indique qu'il envisage uniquement la situation de conjoints mariés sans contrat. Et quant aux considérations de fond, par lesquelles on cherche à justifier l'application de la loi nationale aux rapports pécuniaires des époux, elles ont une valeur absolue, qui dépasse le cadre étroit et spécial du régime légal. S'il est vrai, en effet, que les dispositions concernant les biens des époux ne sont pas d'ordre exclusivement patrimonial et intéressent à un haut degré la famille et les enfants, s'il est vrai que le contrat de mariage est trop intimement lié au mariage lui-même pour dépendre en matière internationale d'un statut différent, ces raisons imposent l'adoption du principe de nationalité comme règle de conflit, même au cas où le régime matrimonial est l'œuvre des parties et le produit de leur volonté.

En d'autres termes, c'est à la loi nationale, comme à un critérium de portée générale, que le juge allemand doit s'attacher, pour trancher toutes les difficultés soulevées par le règlement même conventionnel des intérêts pécuniaires des époux. C'est elle spécialement qui régira le principe de la liberté des conventions matrimoniales, c'est à elle qu'on fera

---

Keidel, J. Clunet, 1899, p. 42. — S. Rapp. not. Reichsgericht, 15 septembre 1903 ; J. Clunet, 1904, p. 721.

appel pour en reconnaître l'existence, en fixer l'étendue et les limites (1).

L'application de la loi nationale aux rapports pécuniaires entre époux est loin d'être absolue. Tout comme dans le domaine des rapports personnels, elle est susceptible d'un certain nombre d'exceptions. Ordre public, intérêt des nationaux, renvoi, situation des biens, telles sont les différentes notions dont le jeu peut altérer les principes généraux et modifier la règle normale de conflit.

Quand l'intérêt des nationaux est en jeu, ou que la sécurité des transactions en Allemagne semble l'exiger, le législateur n'hésite pas, faisant brèche à la règle ordinaire de conflit, substituant la loi du domicile à la loi nationale, à soumettre les rapports patrimoniaux d'époux étrangers aux dispositions du droit local allemand.

C'est l'article 15 alinéa 2 *in fine* qui présente une première preuve de cette tendance : « *Néanmoins les époux peuvent faire une convention matrimoniale, lors même qu'elle leur serait interdite par ces lois* (c'est-à-dire la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage). Voilà par exemple deux époux étrangers qui fixent leur domicile en Allemagne ou s'y font naturaliser. La loi nationale de ces époux consacre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Au contraire, la loi alle-

---

1. Léon Lyon-Caen. *La femme mariée allemande en droit Int. privé et le droit civil.*

mande, loi de leur nouveau domicile ou de leur nouvelle nationalité, autorise ces changements, comme nous avons montré dans l'article 1432 du Code civil allemand.

En vertu de l'article 1395 du Code civil français les époux étrangers, délaissant la prohibition étroite de leur statut personnel pour se prévaloir des dispositions plus libérales du Code civil allemand, pourront faire, soit un premier contrat de mariage modifiant la situation pécuniaire résultant du silence qu'ils ont gardé lors de la célébration, soit un nouveau contrat modifiant les clauses expresses arrêtées avant le mariage.

— A quelle loi, la loi d'introduction rattache-t-elle donc la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales ?

La doctrine, basée sur la jurisprudence antérieure au code, soutient que le législateur voit dans l'article 15 alinéa II *in fine* seulement une loi de capacité, qui rentre par conséquent dans le statut personnel et varie avec ce statut lui-même, qui suit l'étranger, le Français par exemple, en Allemagne, mais disparaît naturellement quand il se fait naturaliser Allemand. C'est précisément, pourrait-on dire, parce que la capacité des époux de modifier leur régime est déterminée par leur loi nationale, que le Code leur en reconnaît la faculté, quand ils ont acquis après coup la nationalité d'Empire. La validité du changement accompli doit être appréciée d'après la loi nationale des époux au moment où ils effectuent ce change-

ment : ne sont-ils pas, à ce moment même, soumis à la loi allemande ?

Cette opinion est réfutée par une autre qui considère la règle de l'immuabilité comme une dépendance du régime matrimonial, et entend lui appliquer une loi identique. Voilà les raisons invoquées pour soutenir cette opinion. Avec l'interprétation que la doctrine donne à l'article 15 alinéa 2 on arrive à justifier l'exclusion de la règle et l'application de la loi allemande, au cas où le mari acquiert la nationalité d'Empire après la célébration du mariage. Mais ce n'est là qu'un des termes de l'hypothèse prévue par l'article 15 alinéa II *in fine* : la substitution des dispositions du Code civil allemand à celles du droit étranger a lieu, même quand les époux sont simplement domiciliés en Allemagne (1). Comment alors expliquer la dérogation au principe ?

Un autre argument résulte des travaux préparatoires. L'article 2250 du deuxième projet s'exprimait ainsi : « *Néanmoins, l'interdiction de faire un contrat de mariage ne s'applique pas. Si ce contrat est possible d'après les lois du pays où le mari acquiert une nouvelle nationalité* ». Plusieurs membres de la commission firent remarquer que cette disposition, fort juste en elle-même, était inutile puisque c'est d'après le statut personnel que doit être examinée la validité des contrats post-nuptiaux. Il fut répondu que la faculté ou la prohibition de modifier

---

1. L. Lyon-Caen. *La femme mariée allemande*.

les conventions matrimoniales n'est pas une règle de capacité, mais une règle qui fait partie des prescriptions relatives au régime lui-même, et qu'à ce titre la nécessité de l'article en discussion se justifiait parfaitement, et c'est l'opinion qui l'emporta. Le raisonnement de la commission était le suivant : L'immutabilité est inhérente à l'organisation générale du régime, et soumise à la même loi que ce régime lui-même, c'est-à-dire à la loi nationale du mari lors de la célébration. Par suite cette loi devait lui rester applicable d'une façon définitive. Un changement de nationalité ou de domicile reste sans influence sur les conventions matrimoniales ; il doit donc laisser également intact le principe de l'immutabilité qui n'en est que l'accessoire.

Il faut encore ajouter un argument de texte qui a sa valeur. L'article 15, alinéa 2, commence par soumettre à la loi nationale du mari la condition pécuniaire des époux étrangers, cependant cette loi nationale sera écartée au profit de la loi allemande, en ce qui concerne la faculté de modifier le régime. Cette faculté ou défense corrélatrice est considérée par le législateur comme une règle de fond faisant corps pour ainsi dire avec le régime même.

Ce sont des considérations d'utilité pratique et d'intérêt national qui ont inspiré ce renversement des principes généraux, le désir d'assurer à des époux nouveau-venus en Allemagne, le bénéfice de la loi de l'Etat auquel ils sont désormais attachés par le lieu du domicile ou celui, plus intime encore,

de la nationalité ; le désir aussi d'accorder la prédominance à la loi allemande, toutes les fois qu'elle est plus favorable à la validité de l'acte intervenu.

De cette idée générale résultent deux conséquences :

1) L'article 15 alinéa 2 *in fine* envisage une situation spéciale ; il ne fait allusion qu'aux étrangers domiciliés en Allemagne ou devenus citoyens allemands. Nous ne croyons pas qu'on peut généraliser cette disposition au cas où il s'agit d'époux domiciliés ou naturalisés dans un pays autre que l'Allemagne et qui comme celle-ci ne connaît pas l'immutabilité. Cette généralisation serait contraire à l'esprit qui l'a dictée.

2) Des époux allemands transportent leur domicile ou se font naturaliser en France ou dans tel autre Etat, où les changements adoptés expressément ou tacitement aux conventions matrimoniales par les époux sont prohibés : pourront-ils cependant faire sanctionner par les tribunaux allemands les changements dont ils ont pu convenir ? Dans l'esprit du Code allemand, la règle d'immutabilité ou la règle inverse n'est pas une règle de capacité, pas plus d'ailleurs qu'une règle de forme, mais une règle de fond accessoire du régime ; la loi destinée à régir la situation pécuniaire des époux décide également si leurs conventions matrimoniales sont susceptibles de modification. Qu'en résulte-t-il ? Si les époux étaient Allemands lors de la célébration du mariage, leur régime continuant à être gouverné par la loi alle-

mande en dépôt des changements de domicile ou de patrie ; ils continueront même en pays étranger à pouvoir user de la faculté que leur réserve l'article 1432.

Reste à savoir : *a*) Si les époux allemands pourront en France par exemple recourir, pour la rédaction de ces contrats post-nuptiaux, au ministère d'un notaire. Evidemment non. Le notaire instrumente, conformément à sa loi nationale, et celle-ci interdit les conventions de ce genre ; ils devront les passer devant le consul de leur pays ;

*b*) Si les époux d'origine allemande pourront, non seulement devant les tribunaux allemands (ce qui est certain) mais encore devant les tribunaux français, en faire reconnaître la validité. Ceux-ci interprétant les articles 1394 et 1395 du Code civil français comme des dispositions d'ordre public absolu, édictées dans l'intérêt du crédit des tiers, ne devront-ils pas annuler le contrat rédigé ou modifié après coup ? Comme nous avons montré plus haut la doctrine française est fortement divisée (1). La jurisprudence française la plus récente regarde *l'immutabilité comme une règle de statut personnel et d'ordre public simplement relatif ou interne* (2).

Voilà la portée et l'interprétation, croyons-nous, de l'article 15, alinéa 2, du Code civil allemand. D'après la loi japonaise du 15 juin 1898, article 15, le

---

1. Weiss, *op. cit.*, p. 534 et 535, t. III.

2. En ce sens Seine, 29 mai 1901, J. Clunet, 1902, p. 361.

régime matrimonial des époux est déterminé par les lois de l'Etat auquel appartient le mari lors du mariage.

Revenons maintenant au droit français. Nous venons de dire plus haut que cette première opinion qui détermine le régime auquel seront soumis les biens des époux d'après la loi du domicile matrimonial, est la théorie adoptée par l'ancien droit et admise pendant longtemps par la jurisprudence ; en effet, une grande partie de la doctrine se rattachait à cette théorie (1). La jurisprudence se fondait sur la volonté des parties d'adopter la loi du lieu où devait se trouver le siège futur de l'association conjugale ; et ce dernier était presque toujours, comme nous l'avons déjà montré, en fait le domicile du mari au jour de la célébration du mariage (2). Si l'on objecte à cette théorie que le régime légal repose sur une convention tacite, puisque, dans la plupart des pays, et notamment en France, il dépend des parties d'en modifier les conséquences et même de le répudier, les partisans de cette théorie essaient d'écarter l'obstacle qui leur est ainsi opposé par un raisonnement quelque peu spécieux. Ils prétendent que dans la théo-

---

1. J. Clunet, 1901, p 641.

Savigny. *Dr. romain*, VIII, § 375 ; Demolombe, *op. cit.*, t. I, n. 87 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 304 bis et note 3 et 4 ; Guil-louard, *op. cit.*, n° 336 et suiv. — Cochard, *Journ. de dr. inter. privé*, 1885, p. 280 ; Fiore, *op. cit.*, n° 330.

2. Toulouse, 7 mai 1866, D. 66. 2. 109 ; Req., 24 déc. 1867. D. 67. 2. 123 en note.

rie de la convention tacite, il y a, au point de départ, cette idée juste que la loi, établissant le régime matrimonial à défaut de contrat, est subsidiaire : elle n'intervient qu'à défaut de volonté contraire, et n'est pas, par conséquent, impérative (1). MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville font remarquer que ceci est vrai, mais il n'est pas exact de dire pour cela que le régime légal résulte d'une convention tacite des époux. En d'autres termes, ces auteurs repoussent les deux théories : du domicile matrimonial et de la convention tacite.

Voici leur argumentation : « Si les contractants sont incapables est-il possible d'admettre qu'ils aient consenti tacitement des conventions aussi graves que celles qui sont organisées par la loi ? Il est bien difficile de comprendre qu'un mineur, ne faisant pas de contrat, puisse être considéré comme ayant consenti à l'aliénation d'une partie peut-être considérable de sa fortune. Il faut donc admettre que si la loi est interprétative de volonté, ce n'est pas l'interprétation de chaque volonté spéciale qu'elle donne, mais bien une interprétation générale. Or l'idée de convention tacite conduirait à dire qu'il y a convention dans chaque cas particulier, ce qui ne saurait être admis. Tel n'a pas dû être la pensée du législateur lorsqu'il établit un régime légal. Dans cette pensée le règlement des intérêts matrimoniaux doit être fait

---

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Contrat de mariage*, t. I, n° 75 et ss.

indépendamment de la situation spéciale des conjoints dans telle ou telle hypothèse.

La jurisprudence admet que la fixation du régime matrimonial dépend de la volonté des parties. La fixation du régime matrimonial c'est-à-dire des droits des époux sur les biens. Mais par une équivoque singulière sur ce terme, droit sur les biens, on voit la jurisprudence parfois appliquer la *lex rei sitæ* au douaire! (1) Mais il faut observer que cette idée a été diversement comprise suivant les époques et qu'on n'en a pas toujours tiré les mêmes conséquences (2).

Les arrêts les plus anciens admettent en principe la compétence de la loi du domicile matrimonial et comme dans l'ancien droit, la référence à la volonté des époux n'a lieu qu'autant qu'elle peut servir à la détermination du domicile matrimonial (Voir les citations 1 et 2, page 196). La loi est donc plutôt impérative, la volonté des parties est réellement sans action sur le régime, lorsqu'on arrive à se demander quelles sont les conditions nécessaires pour acquérir un vrai domicile et si un domicile de fait ne suffit pas alors même qu'il n'est pas accompagné de l'autorisation du gouvernement. Ce point paraissait constant, et à cette époque on était surtout préoccupé de défendre cette notion du domicile matrimo-

---

1. Cass., 4 avril 1881. S. 83.1.65. Note Renault.

2. Cf. Note de M. Pillet. Sirey. 96.2.276, qui indique tous les arrêts importants. Cf. aussi pour l'exposé de jurisprudence De Boëck, D. 88.2.65.

nial contre une assimilation que certains prétendaient établir entre elle et le domicile autorisé de l'article 13 du Code civil (1). Une seconde période est ensuite ouverte, où la considération du domicile matrimonial perd quelque chose de son importance ancienne. Le choix du domicile n'est plus que la marque principale de la volonté des époux, soit que les arrêts la qualifient eux-mêmes ainsi, soit qu'ils la tiennent seulement en grande considération. Au reste, les arrêts cherchent dans d'autres circonstances le motif de leur décision.

La troisième période est l'avènement absolu de la théorie de l'autonomie ; l'ancien droit est complètement mis de côté, par un effet naturel de la tendance qui s'était fait jour dans la seconde période. Il y a des décisions en faveur de la loi nationale (2).

En effet, l'article 1387 du Code civil français proclame le principe de la liberté de la volonté et par conséquent il faut, pour déterminer le régime légal, faire abstraction complète des statuts personnel et réel pour ne tenir compte que d'un seul élément : *la volonté des époux*. C'est une conformation à l'idée émise au xvi<sup>e</sup> siècle par Dumoulin et exprimée plus tard par Pothier (3). Le régime légal n'est pas un statut, c'est une convention dont il faut accepter les

---

1. Sur cette distinction de domiciles voir Coin Delisle, *Revue critique*, 1855, p. 193 et suiv.

2. Trib. civ. Grenoble, 7 nov. 1896 ; J. Clunet, 1896.

3. Pothier, *Communauté*, n<sup>o</sup> 1-18.

conséquences logiques, sans avoir la prétention de créer *a priori* des présomptions qui ne peuvent avoir d'autre effet que de les contrarier. C'est une simple question de fait et d'appréciation et par conséquent il n'est pas besoin de chercher un *criterium*.

Le domicile matrimonial, c'est-à-dire celui qu'ils se proposent d'acquérir immédiatement après, ainsi que la nationalité des conjoints, pourront souvent être de sérieux éléments de décision à prendre en considération par le juge ; mais ce ne sont là que des raisons de décider qu'il faut se garder d'ériger en principes et qu'on ne doit pas considérer comme suffisantes par elles-mêmes pour imposer une solution en tel ou tel sens (1). C'est ainsi que la jurisprudence française applique, suivant les circonstances, tantôt la loi nationale des époux, tantôt celle du domicile matrimonial. Ses arrêts qui, au premier abord paraissent peu conciliables, sont au contraire des plus concordants si l'on admet la doctrine de la convention tacite dans toute son ampleur (2).

---

1. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *loc. cit.*, et *op. cit.* Weiss, *Dr. int. privé*, t. II, p. 513-514.

2. V. et rapp. Paris, 12 juillet 1889 ; J. Clunet, 1889, p. 849. — Req., 9 mars 1891, D., 91. 1. 459. — J. Seine, 8 janv. 1891 ; J. Clunet, 1891, p. 962. — Paris, 25 nov. 1891, D. 92. 2. 505. — Toulouse, 26 avril 1893, J. Clunet, 1893, p. 816. S. 96. 2. 252. — J. Toulon, 30 mai 1893, J. Clunet, 1895, p. 1196. — Paris, 24 mai 1895, S. 96. 2. 273, D. 96. 2. 53. Clunet, p. 1070. — Marseille, 26 juin 1902, Clunet, 1903 p. 873. — J. Châteauroux, 6 avril 1903. J. Clunet, 1904, p. 185. — Lyon, 16 fév. 1903 ; J. Clunet, 1904, p. 401. — Bourges, 18 juillet 1904. S. 05. 2. 8. Rapp. Naquet, note dans Sirey, 1900. 1. 321.

On peut rapprocher de ce système l'article 14 du règlement des conflits de lois en matière de mariage et de divorce, adopté par l'Institut de droit International dans sa session de Lausanne en 1888. Ce texte est ainsi conçu : » A défaut d'un contrat de mariage, la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire du premier établissement des époux, régit les droits patrimoniaux des époux, *s'il n'appert pas des circonstances ou des faits l'intention contraire des parties* (1). L'article 6 *in fine* du décret royal du 20 février 1891 applicable à l'Etat indépendant du Congo a été calqué sur ce texte (2). Quant à l'objection apportée à l'idée de convention tacite, que les époux mineurs qui ne seraient pas capables de passer par eux-mêmes un contrat exprès, devraient avoir le droit de demander la nullité du prétendu contrat tacite, on peut aisément la mettre à néant en répondant que le mineur ne peut attaquer la convention tacite qui règle ses intérêts pécuniaires dès qu'il a été assisté et autorisé à contracter mariage, conformément à sa loi personnelle. *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (3).

Certains auteurs plus rares se prononcent pour la loi nationale du mari sauf indication contraire.

---

1. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1884, p. 598-599.

2. Clunet, 1891, p. 672.

3. Despagnet, *op. cit.*, n° 324 et suiv. ; Weiss, *Traité élémentaire de d. int. privé*, p. 512. — Audinet, *op. cit.*, n° 722. — Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 369. — Pillet-Clunet, 1896, p. 19 et suiv., note dans Sirey, 1896. 2. 276.

*Loi applicable après changement de nationalité. —*

La question peut être posée de la manière suivante : Quel est l'effet d'un changement de nationalité ou de domicile sur le régime matrimonial ?

Il faut observer que le changement de domicile n'a d'influence que si on le considère comme déterminatif du statut personnel. Cette question n'a pas de difficulté à être résolue que dans le cas où le régime matrimonial est rattaché à la loi nationale ou à la loi du domicile comme loi personnelle. Voilà ce que les juristes répondent :

M. Weiss (1) dit : « L'immutabilité des conventions matrimoniales serait facile à éluder au détriment de la femme et des tiers, pour lesquels d'ailleurs la naturalisation obtenue par le mari est *res inter alios acta*, et ne peut être la source d'aucun préjudice » (1).

Et M. Pillet répond ainsi à la question posée : « Ce régime n'est pas susceptible de varier en cas de changement dans le statut personnel, au moins lorsqu'il a été établi sous l'égide de l'immutabilité. Une fois établi, il est un droit acquis pour les époux, les enfants et les tiers. Ce serait porter atteinte à la foi publique que de la modifier » (2). C'est une question d'empire de la loi nouvelle ; or en droit international privé la non-rétroactivité est même plus absolue qu'en droit interne (3). Il y a donc eu droit interna-

---

1. Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 559.

2. *Journal Clunet*, 1896.

3. Gabba. *De la non rétroactivité des lois*.

tional privé des droits acquis, parce que cela est nécessaire à la stabilité des rapports de droit et des relations juridiques. Cette immutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé n'est rien autre que la stabilité d'un rapport de droit déterminé, particulièrement important. Cette règle est généralement admise par les auteurs et la jurisprudence (1). Mais toute la difficulté est de savoir quand y a-t-il droit acquis ? En droit civil l'on s'accorde généralement à reconnaître que par droit acquis il faut entendre les facultés légales régulièrement exercées. Tout droit serait une aptitude, et tout droit acquis, le résultat de l'utilisation de cette aptitude.

En droit international la question est controversée (2). Nous ne rentrerons pas dans ces détails mais nous finirons cette question avec cette conclusion : Dans le droit international privé, quoique l'intérêt social exige que la législation la plus récente s'applique même aux rapports nés avant sa publication, il faut soumettre chaque rapport juridique à l'empire de la loi sous laquelle il est né. Il ne faut pas croire que le « droit acquis » soit exceptionnel ; en réalité, le respect d'une souveraineté implique le

---

1. Trib. civ. Seine, 28 déc. 1900. D. 1902. 2. 193 et note de M. de Boëch : Chambre des Lords, 15 déc. 1899 ; *Journal de Dr. intern. privé*, p. 866.

2. M. de Varcilles-Sommières dans *Revue Critique. Une théorie nouvelle sur la non-rétroactivité des lois*, 1893, p. 444 et 492 et suivantes.

respect et la fixité d'une situation créée par son exercice. Il est vrai que la souveraineté doit aussi être respectée dans la loi nouvelle, mais elle doit l'être *conformément à son but* ; or, cette loi n'a pas pour but de suppléer aux imperfections et aux défaillances de l'œuvre d'un législateur étranger, mais aux défaillances de la volonté des individus.

*Droit civil allemand.* — Le législateur allemand a le souci d'écarter, des sujets de l'Empire, les dangers de lésion, dont les menace l'observation du principe de nationalité logiquement appliqué aux étrangers. Par l'article 16 de la loi d'introduction, le législateur allemand sacrifie ouvertement la règle ordinaire de conflit au désir de protéger les nationaux ; pour cela il assujettit les conjoints étrangers, dans leurs rapports avec les tiers, à un certain nombre d'importantes dispositions du Code civil allemand, spécialement aux articles 1435, 1405 et 1362. L'article 16 s'exprime ainsi : « *Si des époux étrangers ou des époux qui, après la célébration de leur mariage, ont acquis la nationalité allemande, établissent leur domicile en Allemagne, on appliquera les dispositions de l'article 1435 du Code civil ; le régime légal étranger est assimilé à un régime conventionnel.* »

*Les prescriptions des articles 1362 et 1405 du Code civil reçoivent application, dans la mesure où ils sont plus favorables aux tiers que les lois étrangères. »*

Le Code allemand se prononce, en principe, pour

l'immutabilité du régime matrimonial, à la suite d'un changement de domicile ou de nationalité. Mais il importe de ne pas confondre l'immutabilité ainsi entendue, ce que les Allemands appellent *Unwandelbarkeit des Güterstandes*, c'est-à-dire la règle d'après laquelle le régime reste soumis à une loi invariable, quels que soient les changements subséquents de nationalité ou de domicile, avec l'immutabilité des conventions matrimoniales du droit français.

Supposons, pourtant, une acquisition de la nationalité allemande. Cette immutabilité n'est opposable aux tiers quant aux restrictions aux droits de jouissance et d'administration du mari, qui résulte de leur régime contractuel ou légal, que moyennant les mesures de publicité qui nous sont connues, lorsque l'étranger est domicilié en Allemagne.

Donc le Code civil allemand consacre l'opinion qui admettait l'immutabilité sous des conditions de publicité. Au point de vue international, ces sortes de dispositions se rapprochent de celles qui en matière de capacité sont contenues dans ce même code, ainsi qu'au Code prussien et au Code autrichien, et d'après lesquelles la capacité est appréciée de la façon la plus favorable aux tiers. Le législateur se préoccupe ainsi du sort des tiers postérieurs. \*

Quant au droit interne, nous avons montré que le Code civil allemand dit qu'après le changement de nationalité, l'interdiction de faire un contrat de

mariage disparaît lorsque la nouvelle loi permet le contrat.

*Les Etats-Unis et l'Angleterre.* — Quelle est la loi applicable au régime matrimonial de ces Etats ? En Angleterre c'est le principe de la territorialité qui s'est conservé et a été introduit avec le *common law* dans les Etats-Unis d'Amérique. C'est un reste de féodalité, mais les idées modernes sur la personnalité des lois commencent à s'y introduire. L'étranger, depuis 1850, est assimilé au sujet britannique pour tout ce qui concerne la possession, la jouissance, l'acquisition ou la transmission par les modes légaux (1). Le sol perd donc de son importance. Aux Etats-Unis, sauf dans les Etats de New-York, Vermont Alabama, Caroline du Nord et Missouri (2), les incapacités des étrangers ont disparu. La jurisprudence anglaise régit la capacité de disposer des biens fonds par la *lex rei sitæ* ; celle de disposer des meubles par la loi du domicile considérée comme loi locale, la validité d'un acte par la *lex loci contractus* ; l'état des personnes, indépendamment de toute conséquence quant aux biens par la loi du domicile. La doctrine la plus récente régit pourtant la capacité par le statut personnel (3). Mais MM. Lainé et Vareilles-Sommières pensent que la jurisprudence anglaise

---

1. Phillimore, *International law*, t. I, p. 546 et s.

2. Lawrence, III, p. 89 et s.

3. Clunet, 97. p. 482 et s. Dicey de Stockart. *Le statut personnel anglais*. M. Lainé et M. de Vareilles-Sommières, t. II, p. 373.

ne se prononcent pas encore nettement dans ce sens. M. Richard Webster (Clunet, 97, p. 668) se prononce pour l'application de la loi du lieu du contrat à la capacité, en matière commerciale.

Le régime matrimonial, en vertu de ces principes, est, quant aux immeubles, déterminé par la loi de la situation des biens et quant aux meubles par la loi du domicile conjugal. Certains auteurs anglais entendent par là le domicile du mari au moment du mariage (1). Les auteurs nord-américains entendent par le domicile le lieu où les époux fixent le centre de leurs intérêts, et par conséquent font jouer un rôle à la volonté des parties.

La jurisprudence anglaise et surtout américaine la plus récente, véritable désertion de la territorialité, décide que le changement de domicile doit laisser intact le régime du domicile matrimonial, même quant aux acquêts postérieurs (2).

En ce qui concerne la loi applicable à l'immutabilité des conventions matrimoniales, la doctrine anglaise applique la *lex rei sitæ* pour les immeubles et la loi du domicile matrimonial pour les meubles, si l'immutabilité est considérée comme inhérente au régime. Envisagée comme une question de capacité, la doctrine anglaise récente conduit à l'application

---

1. Foote, *Private International jurisprudence*, 187 part. I, chap. VII, n° 5, p. 239.

2. Westlache, *Priv. int. law*, § 32. Philimore, t. IV, § 479.

de la loi du domicile. C'est aussi en ce sens que l'Américain Warthon se prononce (1).

*Les autres législations européennes. — Loi applicable au régime et à l'immutabilité.* — On peut les énumérer de la manière suivante :

D'abord en Belgique c'est l'article 3 du Code civil qui est en vigueur. La jurisprudence et la doctrine se prononcent nettement pour la loi nationale (2).

Le Code civil allemand, nous le savons, suit la même doctrine, mais lorsqu'un étranger traite en Allemagne, on lui applique la loi allemande qui le rend capable, à moins que l'acte ne doive produire effet sur un immeuble situé à l'étranger.

Le Code italien soumet expressément le régime matrimonial à la loi nationale du mari. Par son article 6 du Code civil italien les rapports de famille sont régis par la loi de la nation. Il faut entendre par là que la loi successorale et la loi du régime matrimonial sont la loi nationale des parties.

Le Code espagnol s'inspire du Code italien dont il adopte les solutions pour le régime matrimonial et le régime successoral. Ces principes, avant le Code de 1889, étaient consacrés depuis longtemps (27 novembre 1868) par la jurisprudence du Tribunal de Madrid. L'article 9 du Code espagnol dit : « Les lois

---

1. Warthon. *Conflicts of laws*, § 202.

2. Cour de Liège, 18 juin 1894. *Pasicrisie Belge*, 1874, p. 301. Avant-projet, art. 6.

relatives aux droits et obligations de famille, à l'état, à la condition et à la capacité légale des personnes, obligent les Espagnols même résidant en pays étrangers. »

En Serbie, la loi applicable au régime matrimoniale est la loi nationale. On peut l'induire avec certitude de la convention consulaire passée entre la Serbie et l'Allemagne, d'après laquelle le droit à la succession et le partage des biens laissés par le défunt sont régis par les lois de son pays.

En jurisprudence roumaine, les solutions relatives à l'état et à la capacité des personnes sont très récemment dans le même sens qu'en droit français. Une décision de 1874 et de la Cour d'appel de Galatz du 18 mars 1889 se prononcent à propos du mariage pour la *lex loci actus* ; mais en sens contraire : La Cour d'appel de Jassy le 16 octobre 1890 ; la cour d'appel de Focshani (actuellement Galatz) 7 septembre 1883, et la Cassation, 18 novembre 1883. Les étrangers ne peuvent d'ailleurs acquérir un immeuble roumain ni par suite y succéder (1).

En Portugal on suit la même doctrine qu'en Espagne (art. 1107 C. civ. port.). Presque dans tous ces pays le changement de nationalité est sans influence sur le régime matrimonial d'après la plupart des auteurs étrangers et d'après la jurisprudence étrangère (2).

---

1. *Revue de dr. intern.*, 1894, p. 292.

2. Trib. Groningue, 24 janvier 1890, *Clunet*, 92, p. 299.

En Russie la succession, quant aux immeubles, est régie par la loi de la situation, sans doute aussi le régime matrimonial.

Comment ces diverses législations traitent-elles l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Là où le régime matrimonial est soumis à la loi nationale, la question est toute résolue. Là où la convention tacite est adoptée, c'est encore logiquement la loi nationale, comme loi personnelle, qui doit s'appliquer.

Le Code autrichien applique à la capacité une loi différente, suivant qu'il s'agit d'un étranger ou d'un national. La capacité de l'étranger est réglée par la loi de son domicile et si son domicile est inconnu, par la loi du pays de son origine. Le national reste soumis à la loi autrichienne à l'étranger, en tant qu'elle restreint sa capacité, et que les actes accomplis à l'étranger doivent produire leurs conséquences en Autriche (1). Les auteurs autrichiens controversent la question.

En Suisse la question a été très débattue entre les cantons. Mais l'accord s'est fait et le principe de l'immutabilité a triomphé quant aux rapports des époux, la mutabilité quant aux rapports avec les tiers, réserve faite des droits acquis, ainsi quant aux droits de la femme vis-à-vis des créanciers du mari (art. 19). Comme raisons en faveur de l'immutabi-

---

1. *Journal Clunet*, 1880, p. 329.

lité, outre celle qui est fondée sur l'intérêt de la femme, la commission du Conseil des Etats dit : « La loi qui fixe le régime matrimonial doit régler d'une façon positive, pour la vie entière, les relations économiques des époux, relations dont découlent toute une série de droits et d'obligations. Il est donc de l'essence de cette loi d'être en tout temps et en tout lieu à l'abri des modifications. Quant au régime conventionnel, son immutabilité résulte déjà de l'inviolabilité des droits acquis.

Le traité entre diverses républiques sud-américaines, au nombre desquelles la République Argentine, admet des principes différents :

1) Les conventions matrimoniales règlent les relations des époux relativement aux biens qu'ils possèdent alors et de ceux qu'ils acquièrent en tout ce qui n'est pas prohibé par la loi du lieu de la situation ;

2) A défaut des conventions spéciales, en tout ce qu'elles n'ont pas prévu et en tout ce qui n'est pas prohibé par la loi du lieu de la situation des biens, les droits des époux sur les dits biens se règlent par la loi du domicile conjugal qu'ils ont fixé d'un commun accord avant la célébration du mariage ;

3) Si cette fixation du domicile conjugal, n'a pas eu lieu ainsi, ces rapports se règlent par la loi du domicile du mari, à l'époque de la dite célébration ;

4) Le changement de domicile ne modifie pas les rapports des époux relativement aux biens, que

ceux-ci soient acquis avant ou depuis le changement (1).

Disons, avant de terminer cette question, quelques mots sur l'important projet de Convention internationale signé à la suite de la quatrième conférence tenue à La Haye, du 16 mai au 7 juin 1904, pour la codification du droit international privé (2).

Ont été représentés à la conférence : La France, l'Empire d'Allemagne, l'Autriche, la Hongrie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Suisse. Voilà ce qui a été décidé par l'article 2 du projet de convention sur les biens des époux : « *En l'absence de contrat, les effets de mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens* ».

Ce texte reproduit les principales solutions contenues dans l'article 15 de la loi d'Introduction au Code

---

1. *Traité sur le Droit civil international*, 12 février 1889, entre Pérou, République Argentine, Bolivie, Paraguay, Uruguay. Ces traités ont été conclus à la suite du congrès de Droit International sud-américain tenu à Montevideo en 1888. — Pradier-Fodéré (*Revue de Dr. intern.*, 1889) remarque que les congressistes n'ont pas suffisamment mûri leur œuvre.

2. Communication faite par M. Asser dans la *Revue de Droit international*, 1904, p. 553 et 554.

civil de l'Empire d'Allemagne, comme nous avons déjà montré plus haut. Si ce projet aboutit dans les termes ainsi indiqués, il résultera, entre les pays signataires, l'application d'un principe qui d'après l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, ne doit pas être admis dans tous les cas où une convention diplomatique ne l'exige pas.

Il faut signaler aussi l'article 4 du projet de convention signé à La Haye en juin 1904. Il est ainsi conçu : « *La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales* ». Et puis songeant à l'intérêt des tiers le texte ajoute : « *Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut pas avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers* ». Les dispositions de cet article 4 doivent être rapprochées de l'article 9 du même projet de convention. De ce dernier texte il résulte que, si les époux ont acquis au cours du mariage une nouvelle et même nationalité, c'est leur loi nouvelle qui sera prise en considération. Puis s'il advient que, au cours du mariage, les époux n'aient plus la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application de l'article 4 précité, être considérée comme une loi nationale (1).

Avec ça, nous avons fini la question relative au conflit des lois.

---

1. *Revue de dr. international*, 1904, p. 554.

## CHAPITRE IV

### CONCLUSION

Avant d'entamer la question de la valeur comparée du système français avec le système allemand et les autres législations étrangères, ainsi que les réformes que comporte le Code civil français en notre matière, il importe de donner quelques notions générales très sommaires sur la conception du droit comparé, à savoir : son utilité pour nos études pratiques et les méthodes qu'on doit suivre pour étudier la législation comparée.

Et d'abord qu'est-ce que le droit comparé ? Le droit comparé s'est constitué à l'état de science distincte, propre et homogène, comme le prolongement, le développement de la méthode et de l'école historique (1). L'école historique étudie toutes les couches parallèles de la vie sociale, et à ce point de vue, elle s'oppose à l'école purement dogmatique très longtemps et encore un peu partiellement dominante chez nous. Elle (l'école dogmatique) prenait de la loi (en prenant cette évolution à rebours) le seul fait juridi-

---

1. Nous avons puisé la plupart de ces renseignements de Cours de législation comparée de M. Saleilles, 1905-1906, à la Faculté de droit de Paris pour doctorat.

que. Les faits juridiques, ce sont tous les faits de la vie sociale qui sont considérés par la conscience d'un peuple, d'une collectivité, comme l'expression d'une règle (norme) à laquelle les membres de ce groupe doivent se soumettre. A ce titre-là, un usage, une coutume, sont un fait juridique, bien avant la loi même car il s'agit d'une règle admise par l'opinion collective d'un groupe. A plus forte raison, un principe de jurisprudence est par excellence un fait juridique, puisque c'est la détermination par ceux qui sont qualifiés pour interpréter la loi d'un mode d'interprétation de la loi. Enfin, *a fortiori* au troisième degré (degré supérieur), la loi est le fait juridique par excellence.

Les usages et les coutumes ne comptaient pas ; on ne devait pas en tenir compte. La jurisprudence même n'avait qu'une valeur de décalque parce qu'elle n'en avait que comme application photographique de la loi. Le seul fait dont on tenait compte dans les livres, il y a 30 ou 40 ans, était donc la loi. Et, alors, quand la loi était obscure ou équivoque, on cherchait bien quelque chose au dehors ; mais au lieu de la compléter par l'observation du milieu ambiant, on la complétait par elle-même uniquement en raisonnant sur elle-même, en dehors de l'observation de la loi, on déduisait de syllogisme en syllogisme, tout ce qui se trouvait dans le contenu abstrait d'un texte de loi.

Contre cette conception très artificielle et fausse de l'école dogmatique a protesté l'Ecole historique. Celle-ci admet bien comme tout le monde que la loi

est le fait juridique d'essence supérieure au point de vue de son autorité, mais elle n'est pas le seul ; la jurisprudence constitue un fait juridique qui a une valeur propre et particulière, qui est au courant du développement homogène, propre et distinct de la loi. Voilà comment s'exprime M. Ambroise Colin sur les difficultés que présente le maniement des législations étrangères : « Avant d'apprécier une loi au point de vue des emprunts à lui faire, il faut commencer par la connaître. Or, on ne la connaît pas pour l'avoir lue. Quelle idée se ferait par exemple de l'article 1121 du Code civil français un juriste étranger qui ignorerait *toute la jurisprudence sur la stipulation pour autrui* ? Comprendra-t-il vraiment l'article 1421 du Code civil français s'il n'est au courant des tractations auxquelles donne lieu la renonciation de la femme à son hypothèque légale, et l'article 1454 s'il n'a pas étudié, dans l'histoire et dans les arrêts, l'inaliénabilité de la dot mobilière et l'article 896 s'il n'a pas eu connaissance des décisions de 1873 qui ont si étrangement restreint la prohibition des substitutions ? Si ceux qui travaillent à la révision du Code civil veulent être exactement documentés sur les lois étrangères, il ne suffira donc pas qu'ils en possèdent les dispositions à l'état des textes inertes ; il faudra qu'ils se mettent au courant du fonctionnement de ces dispositions, de la manière dont les tribunaux les ont appliquées et dont les ont appréciées les écrivains, leurs compatriotes ».

Enfin au point de départ initial, au niveau le plus

profond, nous avons les usages, les coutumes qui constituent la troisième couche de faits juridiques qui influent de bas en haut sur la jurisprudence d'abord, ensuite sur l'opinion de la loi. Donc le droit d'un peuple se compose non pas uniquement de la loi abstraite (simple formule), mais de toutes les catégories de faits juridiques, c'est-à-dire les usages et la jurisprudence (1).

La méthode historique a précédé la *méthode qu'on appelle d'études comparatives*. La vie sociale d'un peuple ne se compose seulement d'une évolution unilatérale de ses traditions homogènes, de ses usages purement et exclusivement nationaux.

Entre les peuples de même civilisation le droit se compose de pénétrations et d'échanges réciproques dans tous les domaines de la vie sociale même dans le domaine juridique. Ainsi aux époques les plus fermées de l'histoire de l'Europe, les coutumes étrangères s'étendirent dans toute l'Europe. A la Renaissance du droit Romain le droit des Pandectes, sorti des Universités Italiennes, s'infiltra très vite dans la vie juridique de tous les peuples du Midi de l'Europe et ensuite en Allemagne. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle le Code Napoléon fit son tour du monde et non pas seulement par conquête, car on le garda ensuite. Il y a aujourd'hui des lois qui s'internationalisent de plus en plus : les lois de protection industrielle, de législa-

---

1. Préface de M. Ambroise Colin à l'étude de M. Henry Pascaud sur les Réformes que le Code civil français comporte.

tion ouvrière, sont à peu près les mêmes partout, de même que les lois de protection des gains et salaires de la femme ; de même que les lois sur les modes de publicité en matière immobilière.

Mais la valeur du droit Etranger, quant au droit National, est très différente de celle des autres sources nationales dont nous avons parlé. Il est très difficile de déterminer la valeur du droit Etranger par rapport au développement du droit National.

Il y a ici deux écoles qui proposent deux méthodes différentes pour l'étude du droit civil comparé : 1° *la méthode de droit comparé positif* ; 2° *la méthode de droit comparé plus théorique et de caractère presque dogmatique*.

La première consiste (partant de l'idée d'une constatation historique) en une pure constatation des infiltrations progressives du droit Etranger dans les mœurs établis ; donc observer les faits et ne pas aller au delà. Le rôle du droit comparé dans cette première méthode serait donc uniquement de dégager les courants d'importation étrangère et de distinguer ceux déjà adoptés aux idées et aux mœurs d'un pays.

La seconde méthode de droit comparé est dogmatique et consiste dans l'unification des législations étrangères par l'adoption d'un type commun à imposer à tous les peuples. Cette méthode a été surtout présentée par M. Lambert dans un livre remarquable sur le droit comparé. Nous ne chercherons pas à analyser ici laquelle de ces deux méthodes est la meilleure, mais nous dirons que le but du droit

comparé résulte de ces notions : 1<sup>o</sup> que, sans doute, le droit comparé doit, avant tout, chercher à dégager la résultante approximative des diverses législations sur un point donné, constater le courant législatif universel ; 2<sup>o</sup> ceci posé, il y a ensuite pour chaque pays à déterminer dans une mesure absolument variable, dans quelle mesure il est possible d'adopter le droit du pays à ce courant législatif universel.

Avec cette réserve que nous avons fait, nous pouvons nous demander si le législateur français doit maintenir dans le Code civil le principe de l'immutabilité.

Depuis quelques années on a demandé de divers côtés l'abrogation de l'article 1395 du Code civil. Voici ce que M. Kuntz écrit :

« Est-il bien logique et bien juste, d'enfermer à jamais les époux dans leur contrat de mariage ? Ce contrat a été rédigé à un moment où ils se connaissaient souvent à peine, où ils ignoraient leur véritable situation, car, malheureusement, en mariage trompe qui peut. Ils ne savaient pas quel était le régime qui leur conviendrait le mieux, et ils ont choisi celui-ci ou celui-là un peu au hasard. Pourquoi ne leur serait-il pas permis d'en changer, une fois que par la cohabitation commune, ils auront été éclairés sur le véritable caractère de leurs personnes et sur le véritable état de leurs biens ? Pourquoi les contraindre à demeurer assujettis à un régime qui leur répugne, qui n'est pas en rapport avec leurs

réels intérêts ? Pourquoi leur défendre non seulement de modifier leurs conventions matrimoniales dans leur ensemble, mais d'y apporter des changements partiels plus favorables que nuisibles ? Il y a dans cette rigueur de la loi une sorte d'atteinte à la liberté individuelle, peu conforme aux principes modernes » (1).

Un autre argument est que la loi elle-même a prévu et autorisé la séparation de biens. Pourquoi ne pas généraliser et admettre par exemple la séparation amiable, alors surtout que la séparation judiciaire ne rend pas les services qu'on serait en droit d'en attendre car il faut de toute nécessité recourir aux tribunaux, ce qui est presque une injure pour le mari et l'on attend qu'il soit trop tard.

On ajoute que bien souvent une institution légale ne subsiste qu'en raison de son ancienneté, tandis que les circonstances qui l'ont fait établir et qui ont pu la légitimer pleinement à une certaine époque, ont cessé d'exister.

On répond à ces arguments d'abord par une observation que, grâce à la permission de se faire des donations et de contracter à titre onéreux au cours de mariage, les époux jouissent encore, malgré l'immutabilité, d'une liberté considérable. Puis, en matière d'assurances sur la vie, il s'est exercé un travail de jurisprudence qui a plié les règles du Code aux besoins économiques. On peut souhaiter une

---

1. Kuntz. *Revue générale de droit*, janvier 1884.

telle orientation en ce qui touche les rentes viagères, de façon à réaliser les intentions des parties, ou en matière de société entre époux, mais accorder aux époux une liberté sans limites, cela ne cadrerait plus avec les intentions des rédacteurs du Code, qui ont entendu notamment ne permettre entre époux que des donations révocables.

Quant à la séparation de biens on répond d'abord qu'il n'y a pas là véritablement une dérogation aux conventions matrimoniales ; il y a substitution d'un régime à un autre, en dehors de la volonté des parties. La loi en autorisant cette substitution se place toujours dans l'hypothèse d'une nécessité absolue : elle entend non pas favoriser le caprice ou l'intérêt mais seulement fournir une ressource suprême à la femme dont la fortune est compromise. En second lieu, c'est la nécessité de protéger les tiers qui n'a pas vieilli depuis la confection du code et qui constitue encore l'objection la plus forte qu'on puisse opposer à la mutabilité. Outre ces arguments *pro et contra* il faut observer qu'on ne peut tirer un argument absolument convaincant du fait que les législations allemande et suisse aient rejeté la règle de l'article 1395.

Tout d'abord le Code allemand ne met aucune entrave à la liberté des donations entre époux ; le régime de droit commun allemand se concilie moins facilement avec le principe de l'immutabilité que la règle française d'association. Ce principe est plus acceptable dans les législations qui admettent l'ina-

liénabilité dotale ; cette dernière constituant pour la femme une garantie à laquelle elle est liée pendant tout le cours du mariage ; or, le Code allemand rejette le régime dotal. Le Code français a derrière lui une longue tradition conforme au principe de l'immutabilité, tandis que la plupart des législations allemandes, antérieures au Code, accordait aux conjoints la faculté de faire ou de modifier le contrat de mariage pendant leur union. La Suisse a des raisons analogues à celles de l'Allemagne pour rejeter le principe de l'immutabilité ; les pactes post-nuptiaux sont admis traditionnellement par la majorité des cantons.

Toutes ces différences entre ces législations sont-elles de nature à empêcher la suppression dans le droit français de la règle de l'immutabilité ? Nous ne le croyons pas ; on peut estimer que les raisons qui ont fait adopter par les législateurs allemand et suisse le régime complet en matière de conventions matrimoniales valent aussi pour le législateur français.

Il est bien vrai que celui-ci a été enchaîné par la tradition à la règle de l'immutabilité ; mais si respectable que soit l'idée traditionnaliste, surtout en matière juridique, elle n'est pas suffisante, à elle seule, pour faire rejeter ou admettre une réforme. Comme nous avons déjà dit, des raisons plus sérieuses ont été mises en avant pour montrer l'impossibilité de supprimer du Code français la règle de l'immutabilité.

En dehors de celles que nous avons montrées, on a dit que cette règle ne pourra pas être rayée du Code civil français tant que subsistera l'article 1096. On n'a pas besoin, en effet, de supposer que l'un des époux a abusé de son influence sur l'autre pour se faire faire une libéralité : le donateur a pu être entraîné de lui-même par une passion excessive, et regretter plus tard un élan irréfléchi. C'est pour cela qu'on lui ménage un moyen de reprendre ce qu'il avait donné, le droit de se repentir, un *jus pœnitendi* (1). Ce droit n'existe plus pour l'époux donataire quand la libéralité a été faite sous forme d'une convention synallagmatique telle qu'une modification du contrat du mariage.

Mais pourquoi ne supprimerait-on pas cet article 1096 ? Il semble qu'il serait plus conforme aux principes du droit moderne de permettre les donations entre époux sans autres restrictions que celles résultant des règles de la réserve. En tous cas, quand bien même la liberté accordée aux conjoints de faire des conventions matrimoniales à n'importe quelle époque, heurterait l'article 1096, ce ne serait pas là une raison suffisante pour militer en faveur du maintien dans le Code Français du principe de l'immutabilité. Le législateur, d'ailleurs, n'a pas craint de porter à cette règle une importante atteinte en instituant la séparation de biens ; cette institution, nous avons montré dans la première par-

---

1. Planiol, *op. cit.*, III, 3218.

tie de cet étude, a été créée pour sauver la fortune compromise de la femme, pour remédier à un des gros inconvénients que présente le principe de l'immutabilité ; si ce dernier sauvegarde l'intérêt des tiers, il compromet souvent celui de la femme.

Il semble donc que la suppression dans le Code civil français de la règle de l'article 1395 ne serait pas en contradiction avec les principes fondamentaux et essentiels de cette législation.

Bien plus, le principe de l'immutabilité se heurte au pouvoir qu'ont les époux d'administrer leurs biens et d'en disposer librement, à la faculté qu'ils possèdent de se faire des donations entre vifs valables et de passer entre eux la plupart des contrats à titre onéreux. Et ainsi que le dit fort bien M. Kuntz en présence de ces divers principes, il est difficile d'indiquer quelle est la part d'action de l'immutabilité. Déjà nos anciens auteurs étaient fort embarrassés, et pourtant ils prohibaient les donations entre époux et tous les contrats en général ; ils pouvaient invoquer la conservation des biens dans la famille ; ils avaient au moins comme motif virtuel l'indissolubilité du lien matrimonial. Les rédacteurs du Code civil ont modifié ces règles, ont supprimé ces motifs, et ils ont conservé, telle qu'elle existait, la théorie de l'immutabilité. Ils lui ont donné pour fondement la protection due aux époux ; il n'ont pas vu que ces raisons n'exigeaient pas une conséquence aussi absolue que celle de l'article 1359 du Code civil.

Nous avons vu que deux idées essentielles, qui gardent leur valeur propre quelle que soit la législation que l'on considère, justifient la règle de l'article 1395. Ce sont : la crainte des influences réciproques et le souci de la paix du ménage. L'appréhension de l'influence qu'un conjoint peut exercer sur l'autre durant le mariage, appréhension fondée tantôt sur l'autorité du mari, tantôt sur le don de persuasion de la femme, ne saurait être décisive pour le législateur. Cette idée a fait son temps et mérite d'être abandonnée, comme elle l'a été du reste par les Allemands. On lit aussi très justement dans *l'Exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil suisse* : « L'appréhension de l'influence qu'un conjoint peut exercer sur l'autre durant le mariage, appréhension fondée tantôt sur l'autorité du mari, tantôt sur le don de persuasion de la femme, ne saurait être décisive pour le législateur. L'individualité la plus forte peut exercer une influence sur la plus faible et il n'appartient pas à la loi de la combattre, puisque, dans la plupart des cas, elle ne tendra qu'au bien commun.

Le législateur édicte ses règles en considération de la moyenne d'intelligence et de sagacité que les personnes manifestent en affaires ; on ne saurait partir de l'idée que sa tâche est de protéger les gens peu doués contre l'influence de ceux qui le sont davantage et il n'a pas à présumer chez la personnalité la plus forte que des motifs blâmables, et chez la plus faible les buts les plus élevés. De plus, l'influence

d'une des parties peut avoir des conséquences aussi fâcheuses si elle s'exerce avant le mariage qu'après ; l'objection portée se tournerait donc aussi contre la liberté du contrat avant le mariage. En réalité, ce sont surtout les parents de l'un des conjoints qui regardent ses intérêts comme compromis par la liberté du contrat pendant le mariage, et cette considération n'est pas de nature à nous arrêter puisque c'est sur l'union des époux dans la famille restreinte que repose toute l'organisation des effets du mariage (1).

En partant de l'idée de protection de l'époux le plus faible contre l'époux le plus fort, on arrive à l'idée de maintien de la paix dans le ménage et dans les familles pour aboutir à l'ordre public. M. Constant écrivait en effet récemment : « En pesant dans les articles 1395, 1396, 1397 et 1451 la règle interdisant tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage, le législateur moderne a établi un principe absolu et d'ordre public » (2).

Est-il vrai de dire que le principe de l'immutabilité maintient la paix dans les familles et dans les ménages ? Il est permis d'en douter. Lorsque l'individualité la plus forte voudra exercer une pression sur

---

1. *Exposé des motifs de l'Avant-Projet du Code civil Suisse*, p. 104.

2. B. Constant. *France judiciaire*, année 1904.

l'individualité la plus faible pour obtenir certains avantages, supposons qu'elle se heurte au principe de l'immutabilité ? Qu'arrivera-t-il ?

Il est probable que l'époux qui exploite la faiblesse de l'autre cherchera les moyens de tourner le principe, et s'il n'y parvient pas, il est à présumer que la paix du ménage sera fort troublée. Ainsi le principe de l'immutabilité ne protège que bien mal la faiblesse d'un époux contre l'influence de l'autre ; au moyen d'un artifice habile et assez simple, les conjoints détruiront la protection gênante à l'excès d'un régime par la sollicitude maladroite de parents trop prudents.

La nécessité de protéger les intérêts pécuniaires des tiers justifie beaucoup plus fortement le principe de l'immutabilité. Ce fut le grand argument de Berlier lors des travaux préparatoires.

Il est nécessaire de se préoccuper des personnes qui contractent avec les époux ; si ces derniers pouvaient changer à leur gré leur régime matrimonial, passer de la communauté au régime dotal ou réciproquement, de la séparation de biens à la communauté ou inversement, les tiers éprouveraient certainement des graves préjudices. Mais est-il indispensable, pour protéger les tiers contre les fraudes des époux, de proclamer le principe de l'immutabilité ? Mais le préjudice disparaît immédiatement que les tiers ont pu prendre connaissance de cette modification. Ils seraient fondés à se plaindre si rien ne venait leur révéler le changement accompli ;

mais le législateur peut aisément concilier l'intérêt des tiers avec la liberté des époux en établissant un système de publicité.

L'avant-projet de Code civil suisse contient à cet égard un ensemble de dispositions remarquables. Nous avons déjà montré cette publicité contenue dans les articles 219 et suivants, puis 207 et 208. Ce dernier ajoute : « Toutes conventions matrimoniales inscrites au registre et opposables aux tiers sont prohibées, tant que les créanciers n'ont pas été désintéressés » (1).

Voilà, il nous semble, des dispositions bien conçues pour sauvegarder dans tous les cas les intérêts des tiers. Aucune équivoque n'est possible (l'exposé des motifs de l'avant-projet fait connaître nettement les intentions de ses auteurs) : les conventions matrimoniales ne sont opposables aux tiers qu'autant qu'elles ont été inscrites au registre matrimonial (2).

Quant au système de publicité de l'Allemagne, il faut nous rappeler que si les tiers ont eu connaissance d'une façon quelconque du véritable régime matrimonial, ce régime peut leur être opposé, même s'il n'a pas été inscrit (page 180 et ss.); d'autre part les auteurs du Code allemand ont encore entendu ne protéger les tiers que lorsqu'il s'agit d'effets considérés comme la conséquence directe du caractère occulte du régime.

---

1. *Code civil suisse*, avant-projet, Berne, 1900.

2. *Exposé des motifs de l'avant-projet de Code civil suisse*, t. I, p. 157.

On répond que les tiers ne méritent d'être protégés que dans la mesure de leur bonne foi, qu'on a voulu établir seulement une publicité de renseignements, et enfin que si ce système rend bien des fraudes possibles, on trouvera un remède dans l'application du droit commun.

Ces exemples pris dans les législations voisines, montrent bien que les intérêts des tiers peuvent être défendus par des moyens fort simples et que le principe de l'immutabilité n'est pas, à ce point de vue, un principe absolu et nécessaire.

L'objection qui soulève ce système de publicité est, qu'il serait bien difficile en France d'organiser cette publicité. Où la faire ? au lieu où a été passé le contrat de mariage ? au lieu de la célébration ? au domicile des époux ? Chacune de ces solutions a des inconvénients. L'organisation d'un casier civil, malgré les efforts faits en ce sens dans les dernières années, est encore en l'état embryonnaire, et l'on hésite à étendre cette organisation en vue seulement de l'état de chose actuel. Puis, au point de vue pratique, le problème de la publicité est aussi difficile à résoudre. Et puis les époux auront à supporter de grands frais avec cette réforme.

Mais le plus grand inconvénient est la difficulté de la liquidation. Le contrat de mariage n'est pas un contrat comme un autre ; c'est une convention qui règle, non un rapport isolé mais toute une série de rapports.

Cependant on peut croire à la possibilité d'un chan-

gement de régime matrimonial et nous essaierons d'indiquer les moyens de publicité qui apporteront le minimum de perturbation dans l'ordonnance du Code et les habitudes de la pratique.

En ce qui concerne les époux, ils doivent être majeurs, afin de ne les laisser agir qu'avec tout le discernement nécessaire et pour éviter les difficultés qui résulteraient, soit pour l'un, soit pour l'autre, de sa situation de mineur émancipé ordinairement dépourvu de curateur. Puis, il serait à souhaiter que la loi ordonnât sous peine de nullité avant l'adoption d'un nouveau régime, la liquidation de celui que voudraient abandonner les époux. On ne s'imaginerait pas, en effet, suivant quelle méthode il serait possible d'établir au décès d'un des époux les opérations de compte, liquidation et partage d'un actif qui aurait successivement subi les vicissitudes du régime dotal, de la communauté universelle, de la séparation de biens et de la communauté d'acquêts. Cette opération devrait être dressée en la forme authentique afin d'éviter autant que possible les moindres tentatives de fraudes. Pour plus de simplicité encore, il serait même nécessaire que les chiffres de la liquidation soient arrêtés au jour de la rédaction des nouvelles conventions matrimoniales de façon que les apports des époux correspondent exactement avec le montant des droits reconnus à chacun dans la liquidation du régime précédent. Quant aux frais et aux lenteurs, auxquels seraient exposés les époux, on peut répondre que le règlement précipité d'affai-

res souvent délicates, ne peut aboutir qu'à faciliter les erreurs et les fraudes. Ensuite, il n'est pas sans avantage que des considérations d'ordre pécuniaire forcent les époux à ne toucher qu'avec circonspection à leur régime matrimonial. Supposons que toutes ces observations sont suffisantes pour pouvoir changer un régime matrimonial ; quel sera, maintenant, le moyen pour pouvoir être porté à la connaissance des tiers ?

Nous croyons que le système allemand, par son paragraphe 1435, en raison des difficultés d'interprétation et des subtilités juridiques dont il est susceptible, sera la source de nombreux procès. Le système de l'avant-projet suisse est préférable avec sa clarté et sa simplicité. Mais, ne serait-il pas tout simple de mettre en marge de l'acte de mariage, qui doit déjà contenir, aux termes de la loi du 10 juillet 1850, la déclaration de l'existence ou de la non-existence d'un contrat antérieur, une mention indiquant la date du nouveau contrat avec le nom et l'adresse du notaire rédacteur de l'acte. L'officier ministériel qui rédigerait les modifications au contrat ou le nouveau contrat dresserait un certificat de même nature que celui présent par le dernier aliéna de l'article 1394 du Code civil, seulement au lieu de le remettre aux parties, il devrait être tenu de le faire parvenir dans un délai très bref, à déterminer pratiquement et sous pli recommandé, au maire de la commune, où le mariage aurait été célébré et au greffier du tribunal civil de l'arrondissement où se trouverait située

ladite commune. Ces deux officiers publics seraient tenus d'accuser réception du certificat au notaire rédacteur du contrat et de porter en marge de l'acte de mariage des époux intéressés une mention rédigée dans le sens que nous avons précédemment indiqué.

Une telle réforme ne bouleverserait en rien les habitudes de la pratique ; les tiers devraient se faire représenter une copie toute récente de l'acte de mariage où ils trouveraient immédiatement la mention du dernier contrat passé par les époux. Pour protéger efficacement les tiers contre la mauvaise foi des époux, parce que la fraude est toujours possible, il suffirait de décider, que dans leurs rapports avec les tiers relativement aux contrats passés avec eux, les conjoints devraient être réputés mariés sous le régime dont ils se seraient réclamés et dont ils auraient justifié au moment de la conclusion de l'acte.

Outre cette réforme désirable aux régimes matrimoniaux et spécialement au contrat de mariage, il y a encore d'autres modifications qu'il est urgent d'apporter au droit matrimonial français pour y introduire plus de justice et de logique et aussi pour le mettre d'accord avec la réalité sociale.

Une des réformes les plus urgentes et si impatiemment attendue, qu'ont déjà accomplie, le Code allemand et la presque unanimité des législations des Deux-Mondes, est la réforme concernant les *droits de la femme mariée sur ses gains et salaires*. La

lutte est engagée ici entre le droit nouveau et la fausse survivance du droit ancien.

Il est temps que la femme mariée soit émancipée des puissances traditionnelles et que l'incapacité, ce dernier vestige de son antique domesticité, soit enfin abolie. « A vrai dire, écrivait M. Glasson en 1886, l'ouvrier a été presque entièrement oublié dans notre Code civil (1) ». Et en 1898 il exprimait à nouveau la même idée : « Notre Code civil est la loi d'une société bourgeoise et de familles qui possèdent un patrimoine plus ou moins considérable, mais ce n'est pas le Code du travail, ni du travailleur » (2).

Nulle part cette profonde remarque ne s'applique aussi bien qu'à la réglementation que le Code de 1804 a donné des droits et des pouvoirs de la femme mariée. Il est temps d'édifier une législation matrimoniale ayant un caractère social, faite pour les femmes ouvrières comme pour les femmes de la bourgeoisie. Le législateur allemand a donné le signal.

Il est temps que l'on détruise « cette vieille maison ingrate et inhospitalière où tous les privilèges sont à un seul, où un seul être discute, délibère, commande et a tous les droits » (1) pour construire la

---

1. Glasson. *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 6.

2. Glasson. Rapport sur le concours pour le prix du budget.

3. Rapport de M. Viviani au Congrès International des droits des femmes de 1900 (*Compte rendu du Congrès*, p. 195).

maison vaste, spacieuse et souriante où la famille de demain aura son abri, où la mère, vis-à-vis de ses enfants, sera l'égale du père, où ces deux êtres tiendront leurs droits égaux de la conscience et de la raison, famille idéale, image rétrécie et cependant exacte de cette société de demain où tous les êtres auront une part égale de soleil, de bonheur et de pain.

---

Vu : le Président de la thèse,

ANDRÉ WEISS

Vu : le Doyen,  
Ch. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :  
Le Vice-Recteur de l'Académie,

LIARD

## TABLE DES MATIÈRES

|                   | pages. |
|-------------------|--------|
| INTRODUCTION..... | 5      |

### PREMIÈRE PARTIE

#### **Notions historiques du principe de l'immutabilité.**

##### CHAPITRE I. — *Les sources et les motifs du principe.* —

|                                         |    |
|-----------------------------------------|----|
| Les sources.....                        | 11 |
| Droit Romain.....                       | 11 |
| Droit Gaulois.....                      | 13 |
| Pays de Droit écrit.....                | 16 |
| Pays de Droit coutumier.....            | 18 |
| Les raisons puissantes du principe..... | 21 |

##### CHAPITRE II. — *La portée d'application et la sanction du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales*..... 30

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>a) Changements aux conventions matrimoniales proprement dites :</i> |    |
| Modifications à l'ensemble du régime.....                              | 42 |
| Condition potestative.....                                             | 48 |
| Le terme.....                                                          | 49 |
| Modifications affectant seulement les consé-                           |    |

|                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| quences du régime adopté.....                                                                         | 55  |
| Composition des patrimoines.....                                                                      | 55  |
| 1. Régime de la communauté légale.....                                                                | 55  |
| Rente viagère.....                                                                                    | 56  |
| Assurance sur la vie.....                                                                             | 62  |
| 2. Régime de la communauté convention-<br>nelle.....                                                  | 67  |
| 3. Régime excluant toute idée de masse com-<br>mune.....                                              | 70  |
| I. Cas où le contrat de mariage ne stipule<br>pas la condition de l'emploi des deniers<br>dotaux..... | 87  |
| II. Cas où le contrat de mariage stipule la<br>condition de l'emploi des deniers dotaux.              | 92  |
| Changements relatifs à l'administration de<br>biens.....                                              | 94  |
| A). Pouvoirs du mari sur ses propres biens.                                                           | 95  |
| B). Pouvoirs du mari sur les biens de la<br>communauté.....                                           | 97  |
| C). Pouvoirs du mari sur les biens de la<br>femme.....                                                | 99  |
| Changements aux règles concernant la liqui-<br>dation des droits respectifs des époux....             | 102 |
| Changements aux donations matrimoniales.                                                              | 105 |
| Des contrats ou actes entre époux pouvant<br>porter atteinte à l'immutabilité.....                    | 111 |
| A). Donations entre époux.....                                                                        | 115 |
| B). Société.....                                                                                      | 117 |
| C). Mandat.....                                                                                       | 120 |
| Sanction du principe.....                                                                             | 121 |

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE III. — <i>Exceptions au principe de l'immu-</i><br><i>tabilité.....</i> | 127 |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|

## SECONDE PARTIE

### **Le principe de l'immutabilité et les législations étrangères.**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — <i>Le Droit civil allemand.....</i>          | 137 |
| Régime matrimonial légal des biens..... ..                 | 139 |
| La communauté universelle des biens.....                   | 148 |
| Le régime de la communauté d'acquêts....                   | 157 |
| Communauté des meubles et acquêts.....                     | 162 |
| Le contrat de mariage.....                                 | 164 |
| CHAPITRE II. — <i>L'Avant-projet du Code civil suisse.</i> | 184 |
| Les régimes matrimoniaux.....                              | 190 |
| CHAPITRE III. — <i>Conflit des législations.....</i>       | 198 |
| CHAPITRE IV. — <i>Conclusion.....</i>                      | 237 |



